

DU
SYSTÈME DE COMPENSATION
DU CODE CIVIL ALLEMAND

Etude critique du système

THÈSE POUR LE DOCTORAT
PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
Le Lundi 30 Mai 1938, à 14 heures

PAR
N. NESTIANU

MEMBRES DU JURY :

Président : M. HAMEL

Suffragants : { MM. LEVY-ULLMANN } Professeurs.
 { SOLUS }

PARIS
LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU
ROUSSEAU & C^{ie}, Editeurs
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13 (V^e)

1938

*Tous droits de traduction, de reproduction et d'adaptation
réservés pour tous pays*



THÈSE
POUR LE DOCTORAT EN DROIT

DU
SYSTÈME DE COMPENSATION
DU CODE CIVIL ALLEMAND

Étude critique du système

THÈSE POUR LE DOCTORAT
PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
Le Lundi 30 Mai 1938, à 14 heures

PAR

N. NESTIANU

MEMBRES DU JURY :

Président : M. HAMEL

Suffragants: { MM. LÉVY-ULLMANN } Professeurs.
 { SOLUS }

PARIS
LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU
ROUSSEAU & C^e, Editeurs
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13 (v^e)

1938

*Tous droits de traduction, de reproduction et d'adaptation
réservés pour tous pays*

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses; ces opinions doivent être considérée
comme propres à leurs auteurs.**



A LA MÉMOIRE
DE MON ILLUSTRE MAÎTRE
RENÉ DEMOGUE

HOMMAGES RECONNAISSANTS
A M. HAMEL

A MES PARENTS

A MA SŒUR

ABRÉVIATIONS

ABGB	<i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich.</i>
ALR	<i>Allgemeines Landrecht für preussische Staaten.</i>
Archiv f. b. Recht	<i>Archiv für bürgerliches Recht.</i>
Archiv f. ziv. Pr.	<i>Archiv für zivilistische Praxis.</i>
Bd	<i>Band.</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich.</i>
D	<i>Recueil Dalloz.</i>
Diss.	<i>Inaugural-Dissertation für Erlangung der Doktorwürde.</i>
DJZ	<i>Deutschen Juristenzeitung.</i>
EG	<i>Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche.</i>
Gruchots B	<i>Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.</i>
HGB	<i>Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich.</i>
Iherings I	<i>Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.</i>
JW	<i>Juristen Wochenschrift.</i>
KO	<i>Konkursordnung.</i>
LZ	<i>Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.</i>
Motifs ou Mot.	<i>Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1888.</i>
Protocoles ou Prot.	<i>Protokolle der Kommission für die zweite. Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1897.</i>
RGR Komm.	<i>Kommentar zum BGB, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts.</i>

Recht	<i>Das Recht (Rundschau für den Deutschen Juristenstand).</i>
RG	<i>Reichsgericht.</i>
RGZ	<i>Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.</i>
ROHG	<i>Reichsoberhandelsgericht.</i>
S	<i>Recueil Sirey.</i>
Seuff. Archiv.	<i>Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.</i>
ZHR	<i>Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht.</i>
ZPO	<i>Zivilprozessordnung für die Deutsche Reich.</i>
ZZ Pr.	<i>Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess.</i>
Warneyers J	<i>Warneyers Jahrbuch des Entscheidungen.</i>

BIBLIOGRAPHIE

- Achilles.** — *BGB nebst Einführungsgesetz*, 1930.
- Alexandresco (D.).** — *Droit civil roumain*, t. VI.
- Appleton.** — *Histoire de la compensation en droit romain*, 1895.
- Aubry et Rau.** — *Cours de droit civil français*. Paris 1897-1922.
- Bergmann (D.).** — *Aufrechnung mit und gegen Papiermakforderungen*. Deutsche Juristenzeitung, 1928, p. 1008.
- Bernhöft (F.).** — *Zur Lehre von der Fiktionen*. Festschrift für Bekkert, 1907.
- Breuer (I. H. A.).** — *Das Zurückbehaltungsrecht des BGB*. Diss. Bonn. 1904.
- Brinz (A.).** — *Lehrbuch der Pandekten*, II, Erlangen 1892.
— *Die Lehre von der Kompensation*, 1849.
- Capitant (H.).** — *Cour élémentaire de droit civil français*, t. II, 8^e éd. Paris.
- Cleffmann.** — *Kann das in Unkenntnis der Aufrechnungsbefugnis Gezahlte zurückgefordert werden*. Diss. Erlangen 1903.
- Code civil allemand*, traduit et annoté par Buffnoir, Chalamel, Drioux, Geny, Hamel, Lévy-Ullmann.
- Conrades.** — *Bürgschaft und Aufrechnung*. Recht 1903, p. 308.
- Cornil (G.).** — *Quelques considérations sur la réception du droit romain en Allemagne*. Bruxelles 1920, Académie royale de Belgique. Extrait des Bulletins de la classe des lettres et des sciences morales et politiques.
- Cosaack (Mitteis).** — *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 8^e éd. Jena 1927.
- Crome (C.).** — *Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts*, Mannheim 1894.

- *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II, 1904-1912.
- Deichmann.** — *Zur Lehre von der Kompensation bei einer Mehrheit von Forderungen*. Gruchots B. Bd. 42, p. 257.
- Demogue (R.).** — *Les notions fondamentales du droit privé*. Paris 1911.
- *Traité des obligations en général*, t. I, Paris 1923.
- Demolombe.** — *Cours du Code Napoléon. Des contrats*.
- Dernburg.** — *Die Kompensation nach römischen Rechte* (cité « Kompensation »).
- *Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens*, II, Halle, 1908-1910.
- *Pandekten*, II, Berlin, 1903.
- Eccius.** — *Die eventuelle Aufrechnung*. Gruchots B. Bd. 42, p. 15.
- Eck (E.).** — *Vorträge über das Recht des B. G. B.* Berlin 1904.
- Ehrlicher (G.).** — *Die Aufrechnung bei dem Vorhandsein mehrerer Forderungen nach gemeinen Rechte und B. G. B.* Diss. Rostock 1907.
- Eisele (F.).** — *Die Kompensation nach römischen und gemeinen Rechte* (cité « Kompensation »).
- Endemann.** — *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I. 1903.
- Ennecerus (Kipp-Wolff).** — *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Recht der Schuldverhältnisse*. Marburg, 1930.
- Feder.** — *Die rechtliche Natur der Aufrechnung ausserhalb des Rechtsstreits*. Z. H. R., Bd. 54, p. 434.
- Flandin (E.).** — *Des effets de la compensation*. Thèse Paris 1894.
- Förtsch.** — *Die sogenannte eventuelle Aufrechnung unter dem Rechte des B. G. B.* Gruchots B. Bd. 42, p. 224.
- Friedensburg.** — *Die Wirkung der Aufrechnungslage und des Aufrechnungsvollzugs auf die rechtliche Stellung des Bürgen nach dem B. G. B.* Diss. Breslau 1903.
- Fröhlich (H.).** — *Worin liegt das Eigenthümliche der Aufrechnung*. Köln, 1898.
- Fuchs (E.).** — *Eventualaufrechnung und Replik der Aufrechnung*. L. Z. 1922, p. 148.
- Fuhr.** — *Zur Lehre von der Kompensation*. 1883.
- Geib.** — *Theorie der gerichtlichen Kompensation*. 1897.

- Gerson.** — *Ist ein vertraglicher Verzicht auf Aufrechnung gültig.* DJZ, 1912, p. 3.
- Gierke (O.).** — *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 1917.
- Goldschmidt.** — *Der Widerspruch gegen die Aufrechnungs-erklärung.* Archiv f. b. Recht, Bd. 15, p. 153.
- Götte.** — *Zwei Streitfragen über die Aufrechnung im Bürgerlichen Gesetzbuch.* Archiv f. b. Recht, Bd. 17, p. 164.
- Grabner.** — *Die einseitigen privatrechtlichen Willenserklärungen im Rechtsstreit.* ZZPr. Bd. 48, p. 531.
- Hagens (Dr.).** — *Die Eventualaufrechnung und das Reichsgericht.* LZ. 1922, p. 377.
- Hartlaub (C.).** — *Der Solutionsgedanke bei der Kompensation.* Diss. Bremen 1902.
- Hartmann (G.).** — *Aufrechnung und Zurückbehaltung.* Diss. Breslau 1907.
- Hausloh (Fr.).** — *Die Aufrechnung mit Forderungen Dritter.* Diss. Hamburg, 1899.
- Heck (Ph.).** — *Grundriss des Schuldrechts.* Tübingen 1929.
- Heilfron (E.).** — *Geschichte des gemeinen Privatrechts und civilprozesses.*
- Hellwig.** — *Anspruch und Klagerecht.* Leipzig 1910.
 — *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, I.* Leipzig 1909.
 — *Grenzen der Rückwirkung.* Festschrift Giessen, 1907.
- Hertzberg (K. von).** — *Die Aufrechnung des BGB ein « merum jus compensationis ».* Diss. Erlangen 1898.
- Hollaender.** — *Das prozessuale Verfahren im Falle der Aufrechnung mit unbestrittener Gegenforderung.* ZZ Pr. Bd. 48, p. 368.
- Hölder.** — *Über Ansprüche und Einreden.* Archiv f. ziv. Pr. Bd. 93, p. 43.
- Jonas (Gaupp-Stein).** — *Kommentar zur Zivilprozessordnung.* Tübingen 1934.
- Jousselin (F.).** — *De la compensation légale et de la compensation judiciaire.* Thèse Paris 1900.
- Kaiser (G.).** — *Die « Replicatio compensationis » nach gemeinen Rechte.* Diss. Halle 1894.
- Klang.** — *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch.* Wien 1935.

- Koban.** — *Zwei Frage aus dem BGB*, 1909 Innsbruck.
- Koch.** — *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*. Berlin 1870-1872.
- Kohler (J.).** — *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, II, p. 182.
 — *Kompensation und Prozess*. ZZPr. Bd. 20, p. 1.
 — *Aufrechnung nach dem BGB*. ZZPr. Bd. 21, p. 1.
 — *Prozesshandlungen mit Civilrechtswirkungen*. ZZPr. Bd. 29, p. 1.
- Kommentar zum BGB mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgericht.*
- Krückmann.** — *Rezension über Weigelins « Aufrechnungs als Pfandrecht an der eigenen Schuld »*. ZZPr. Bd. 34, p. 355.
- Krug.** — *Lehre von der Kompensation*. 1833.
- Kuhlenbeck (L.).** — *Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1899.
- Laïr (A.).** — *De la compensation et des demandes reconventionnelles*. 1852.
- Landau (L.).** — *Liegt im § 389 des Bürgerlichen Gesetzbuch eine Abweichung vom gemeinen Rechte*. Diss. Rostock, 1904.
- Lang (G.).** — *Das Aufrechnungsrecht nach bürgerlichen Recht*. Diss. München, 1906.
- Larombière (M.-L.).** — *Théorie et pratique des obligations III*, Paris 1857.
- Langheineken (D^r).** — *Rückwirkung der Aufrechnung und Mathematik im Rechte*. Recht 1902, p. 385.
- Laurent.** — *Principes de droit civil*, XIII. Bruxelles et Paris, 1869-1878.
- Leonhard (Fr.).** — *Aufrechnung*. 1896.
 — *Die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld*. Archiv f. b. Recht Bd. 21, p. 171.
 — *Allgemeines Schuldrecht des BGB*. Leipzig 1929.
- Liebknecht.** — *Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung nach heute geltendem und Künftigem Reichsrecht*, 1899.
- Lind (W.).** — *Zur Lehre von der Voraussetzungen der Aufrechnung*. Diss. Heidelberg 1905.
- Lippmann.** — *Zur Lehre von der Kompensation nach dem*

- Entwürfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Iherings I. Bd. 32, p. 157.
- *Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung*. Iherings I. Bd. 43, p. 435.
- Lotmar (Phil.)**. — *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reichs*, I, p. 396, 1902.
- Mantey**. — *Zur Anwendung des § 770, II BGB*. Gruchots B., Bd. 50, p. 542.
- Marcadé (V.)**. — *Explication théorique et pratique du Code civil*, IV. Paris 1885-1888.
- Martinius (Dr.)**. — *Eventualaufrechnung*. Archiv f. b. Recht, Bd. 24, p. 275.
- Meynial (G.)**. — *De la compensation en droit romain et en droit français*. Thèse Paris 1885.
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, 1888.
- Noetzel (Th.)**. — *Die aussergerichtliche « compensatio necessaria » nach gemeinen Recht*. Diss. Erlangen, 1898.
- Nolte (H.)**. — *Das Wesen der Aufrechnung*. Diss. Rostock 1907.
- Oertmann (P.)**. — *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Das Recht der Schuldverhältnisse*. Berlin 1928.
- *Die Rechtsbeständigkeit von Forderung und Gegenforderung als Erfordernis der Aufrechnung*. Recht 1901, p. 447.
- *Aufrechnung und Anweisung*. Recht 1905, p. 33.
- Patow (R.)**. — *Die Aufrechnung bei dem Vorhandsein mehrerer Forderungen nach gemeinen Recht und BGB*. Diss. Rostock, 1910.
- Pfitzer**. — *Aufrechnung im Prozess und Prozesskosten*. ZZPr Bd. 26, p. 43.
- Philipsborn (A.)**. — *Begriff und Anwendungsfälle der Rückwirkung*. Gruchots B. Bd. 64, p. 10.
- Plack (Siber)**. — *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgeetz*, II, 1907.
- Pleister (W.)**. — *Das Widerspruchsrecht gegen die Aufrechnungserklärung*. Diss. Göttingen, 1926.
- Poel (R.)**. — *Aufrechnung, Zurückbehaltung, Einbehaltung, Verwirkung bei Lohnforderungen*. Diss. Leipzig 1905.

Pothier (R.). — *Traité des obligations*. Paris 1805.

— *Contrats* (Oeuvres complètes).

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines BGB.

Quillitz (W.). — *Die Aufrechnung gegen fehlerhafte Schulden*. Diss. Erlangen 1909.

Reichel. — *Aufrechnung und Betrug*. Archiv. f. ziv. Pr. Bd. 125, p. 178.

Reimer (H.). — *Das Wesen der Konnexität beim Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB*. Diss. Breslau 1925.

Reinhold (O.). — *Die einseitige aussergerichtliche Aufrechnung des BGB ein abstraktes Rechtsgeschäft*. Diss. Freiburg 1903.

Rieger (M.). — *Das Zurückbehaltungsrecht des BGB*. Diss. Tübingen 1901.

Saleilles (R.). — *Introduction à l'étude du droit civil allemand*. Paris 1904.

— *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand*, 3^e éd. Paris 1923.

— *Annuaire de législation étrangère*, 1896.

Schlichting (F.). — *Die Aufrechnung nach dem BGB*. Diss. Rostock 1901.

Schneider (W.). — *Die Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten*. Diss. Cöttingen, 1904.

Schollmeyer. — *Kommentar. Recht der Schuldverhältnisse*. München 1900-1909.

Schulz (F.). — *Das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen auf Grund der Aufrechnungslage des Gläubigers* Gruchots B. Bd. 50, p. 269.

Schwerin (von). — *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, 1928.

Schwanert. — *Die Kompensation nach römischem Recht*, 1870.

Seeler (von). — *Aufrechnung bei einer Mehrheit von Forderungen nach BGB*. Archiv. f. b. Recht, Bd. 15, p. 104.

Ségur (L.). — *La compensation légale dans le droit français*. Thèse Toulouse 1907.

Siber. — *Kompensation und Aufrechnung* (cité « *Kompensation* »).

- Sievers (Dr.).** — *Burgschaft und Aufrechnung.* Recht 1903, p. 279.
- Simonson.** — *Über das Verhältnis des § 404 zum § 406 BGB.* Gruchots B. Bd. 50, p. 244.
- Sontag.** — *Die Aufrechnung mit einer Forderung die aus Hauptleistung, Zinsen und Kosten besteht.* Archiv f. b. Recht Bd. 21, p. 10.
- Stammeler (R.).** — *Das gesamte deutsche Recht.* Berlin 1931.
— *Das Recht der Schuldverhältnisse.* Berlin 1897.
- Staudinger.** — *Kommentar zum BGB und dem Einführungsgesetze,* 10^e éd. 1936.
- Stölzel.** — *Schulung für die zivilistische Praxis II.*
- Süss (Th.).** — *Kann das in Unkenntnis der Aufrechnungsmöglichkeit Gezahlte zurückgefordert werden ?* DJZ. 1935, p. 466.
- Thon (A.).** — *Eventualaufrechnung.* Iheringz. Bd. 60, p. 365.
- Thüllen (von).** — *Die Aufrechnung bei mehreren Forderungen des einen oder des anderen Teils nach dem BGB.* Diss. Göttingen, 1926.
- Thur (A. von).** — *Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil* (traduction de Thilo et Torrenté, Lausanne 1933).
- Titze (H.).** — *Bürgerliches Recht. Recht der Schuldverhältnisse.* Berlin 1928.
- Truttmann (W.).** — *Die Compensation nach schweizevischen Obligationenrecht.* Thèse Zürich 1922.
- Ullrichs (O.).** — *Das Recht der Zurückbehaltung und Aufrechnung beim gewerblichen Arbeitsvertrage.* Diss. Heidelberg 1910.
- Wach.** — *Prozessvollmacht und Einrede der Aufrechnung.* ZZPr. Bd. 27, p. 1.
- Weigel (J.).** — *Das bei der Aufrechnung geltende Prinzip der Gegenseitigkeit der Forderungen ; sein Durchbrechen und Modificationen.* Leipzig 1906.
- Weigelin.** — *Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld* 1904.
- Weissmann.** — *Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.* ZZPr. Bd. 26, p. 1.
- Windscheid.** — *Lehrbuch des Pandektenrechts.* 9^e ed. (bearbeitet von Th. Kipp).

- Zittelmann (E.).** — *Das Recht des BGB. Allgemeiner Teil.*
Leipzig 1900.
— *Internationales Privatrecht. Bd. II.* Berlin 1912.

REVUES ET RECUEILS DE JURISPRUDENCE

- Archiv für burgerliches Recht.*
Archiv für zivilistische Praxis.
Deutschen Juristenzeitung.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
Juristen Wochenschrift.
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
Recht. Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
Rechtsprechung des Reichsgericht in Zivilsachen (herausgegeben von Neumann).
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Soergels Rechtsprechung.
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.
Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht.
Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß.
-

INTRODUCTION

La compensation est devenue, sans conteste, l'un des éléments les plus importants de la vie juridique et économique moderne. C'est sans doute pour cela que cette institution est reconnue par toutes les législations évoluées et elle l'était déjà — bien que probablement avec une autre signification — par le droit romain classique.

Mais, autant a presque toujours paru simple aux esprits la notion ou le principe de compensation, autant a été controversée et discutée sa nature juridique — et même son mode d'accomplissement. Il n'y a pas de question sur laquelle on ait tant discuté que sur celle de la théorie de la compensation : c'est parce qu'elle offre aux juristes une foule de problèmes dont l'examen pénètre profondément dans tous les domaines du Droit.

De plus, il semble que la compensation soit l'une des institutions juridiques qui ont le plus évolué depuis le droit romain — surtout si l'on songe qu'elle fait partie de la matière des obligations, qu'on a appelée — à cause même de sa stabilité — une partie dont la vérité est immortelle (« *in Wahrheit unsterblicher Teil* »). Sans doute, sur la véritable portée et rôle que la compensation a joué à Rome — et surtout sur le sens qu'il convient d'attacher au célèbre « *ipso-jure compensari* » — toute une littérature a été écrite, sans que l'on ait pu toutefois se mettre d'accord, sauf sur un très petit nombre de points. (Ce qui a fait d'ailleurs dire, à un grand jurisconsulte allemand, que cette question est restée « la plus grande énigme » ⁽¹⁾ de la matière).

(1) WINDESCHIED (*Pandectes*, II, p. 320).

Et même sur la théorie de la compensation moderne, l'accord est loin d'être complet, tant en Doctrine qu'en Jurisprudence, si bien qu'on a pu parler même à ce propos d'un « *bellum omnium contra omnes* » (1). Quoi qu'il en soit, aujourd'hui ces controverses sont forcément plus restreintes qu'avant, du fait que l'institution de la compensation a été encadrée dans des textes précis quoique peu nombreux et parfois insuffisants. En effet, le code civil allemand de 1900 n'a consacré à la compensation qu'une dizaine de ses paragraphes (2), qui ne touchent et ne peuvent toucher à toutes les questions qui se posent en ce domaine. Disons cependant, à la décharge du législateur allemand, qu'il a fait encore insérer dans sa codification, un assez grand nombre de dispositions (18) qui ont des rapports avec la compensation et qui prouvent de façon éloquente la multilatéralité de cette institution juridique. Pourtant ce n'est pas cette multilatéralité qui retiendra principalement notre attention au cours de la présente étude (bien que nous en parlions incidemment), mais le système même de compensation unilatérale que le code allemand a, sinon innové, du moins achevé et consacré.

Ce système diffère sensiblement de celui adopté par le code Napoléon — surtout au point de vue théorique — puisqu'il laisse en principe l'acte de compensation à la volonté des parties (3). Plus précisément, à la volonté unilatérale d'une seule partie, puisqu'il n'exige nullement le concours ou le consentement de l'autre. C'est bien pour cette raison qu'on a appelé ce système celui de la compensation unilatérale (« *einseitige Aufrechnung* »), ou mieux encore, de la compensation imposée (« *Zwangsaufrechnung* »), car une partie l'impose véritablement à l'autre. Et c'est dans le même esprit qu'on pourrait l'appeler aussi (4) « *compensatio necessaria* », en exagérant peut-être un peu le sens et les paroles d'une source romaine (5), qui

(1) STÖLZEL. (*Schulung für zivilistische Praxis*, II, p. 7).

(2) Art. 387-396 BGB.

(3) C'est d'ailleurs pour cette raison qu'on ne saurait plus parler de compensation légale dans le droit du BGB.

(4) Voir NOETZEL (*Diss. Erlangen*, 1898).

(5) L. 3, Dig. 16,2. *De compensationibus*.

ne paraît tout de même pas avoir déjà pensé à une compensation unilatérale, mais plutôt à la justification générale de l'institution de la compensation.

Si le système édicté à ce sujet par le législateur allemand de 1900 — et qui a d'ailleurs été adopté par la plupart des codifications modernes ⁽¹⁾ — a mis un terme à de nombreuses incertitudes et controverses qui se posaient dans le même domaine du droit antérieur — il n'a pas manqué en revanche d'en susciter de nouvelles. Il prête également son flanc à des critiques provoquées par les inconséquences auxquelles a conduit surtout la volonté de ce législateur de faire œuvre de transition et même de compromis.

C'est sur l'examen de quelques-uns de ces problèmes que portera le présent travail, qui sera en quelque sorte et à la fois — un succinct exposé du système de compensation du B.G.B., dans ce qu'il a de plus particulier — et une étude critique de ses principaux points vulnérables. Pour une meilleure compréhension des questions discutées ici, nous donnerons également et où besoin en est, les termes dans lesquels elles se posent en droit français, de sorte qu'à la fin des pages qui suivent, on puisse arriver à une conclusion générale sur les deux systèmes de compensation en présence. Si par là, la connaissance exacte des conceptions législatives et doctrinales « de la voie large et tumultueuse de la compensation » (« *der breit gerauschvolle Heerstrasse der Aufrechnung* ») a tant soit peu gagné, le but de notre étude est pleinement atteint.

(1) V. le code japonais de 1898 (art. 505 et suiv.) et celui fédéral suisse des obligations, de 1912 (art. 120 et suiv.).

PREMIERE PARTIE

LA COMPENSATION DU CODE CIVIL ALLEMAND

CHAPITRE PREMIER

ACCOMPLISSEMENT DE LA COMPENSATION UNILATÉRALE

1. Objet du chapitre. — Précisons tout d'abord le sens qu'il convient à donner au titre du présent chapitre et ce que nous voulons étudier ici. Souvent quand on parle de l'accomplissement de la compensation, on songe à la fois à deux choses que nous voulons et qu'il faut séparer, ne fût-ce que pour les besoins du raisonnement et de l'étude : le moment où se place l'effet extinctif (compensatoire) et le mode par lequel se produit cet effet. Or *l'accomplissement de la compensation signifierait plutôt l'étude de ce dernier élément seulement.*

En d'autres termes, la compensation possède en principe deux côtés : le côté objectif représenté par la coexistence des créances propres à être éteintes par compensation, et le côté subjectif représenté par la manière dont on pourrait en faire jaillir l'effet extinctif. *Si ce « distinguo » est moins visible dans la conception de compensation légale, où l'effet extinctif se produit « sine facto hominis » et où les deux côtés n'en font en quelque sorte qu'un seul* — il devient par contre très clair dans les autres systèmes de compensation et surtout dans celui de compensation unilatérale, qui retiendra plus particulièrement notre attention. Ces deux moments (celui où les conditions objectives indispensables à la compensation sont réunies, faisant ainsi naître la possibilité de compenser et celui où cette faculté est effectivement exercée) sont entre eux — pour transposer l'idée en termes de droit romain — comme la « *delatio* » et l'« *addictio* » d'une succession.

C'est surtout du second moment, du mécanisme pratique — du mode de déclencher l'effet extinctif — que nous vou-

lons dire quelques mots ici, surtout parce que le BGB a réalisé sur ce point, sinon une innovation (comme nous allons le voir par la suite) du moins *la consécration et l'achèvement d'un système préparé par un siècle de Doctrine et de Jurisprudence*.

On a beaucoup épilogué sur ce système, tel qu'il se présente dans sa forme actuelle, surtout pour la raison que le B.G.B., qui restait somme toute en accord avec la théorie des Pandectes sur les conditions de la compensation — la quittait en ce qui concerne la manière d'invoquer ce mode d'extinction. Mais le désir de rompre avec une tradition qui remontait aux sources de droit romain ne représentait en réalité qu'un effort vers une base plus logique et plus juridique pour notre institution. *Approuvé par les uns, combattu et blâmé par les autres, cet effort n'a pourtant pas manqué de faire école puisque toutes les nouvelles codifications s'en sont depuis inspirées.*

Toutefois, avant de procéder à son examen, voyons d'abord quels ont été les débuts et l'ambiance dans laquelle le système de compensation unilatérale s'est développé. Autrement dit — et pour mieux situer la contribution du B.G.B. — quel était l'état de la Doctrine et de la Jurisprudence sur ce point, au moment de la rédaction du code de 1900 : mais ceci nécessitera une brève étude historique de la question dans son ensemble.

SECTION PREMIÈRE

TRADITION ET PRÉCEDENTS

DU SYSTÈME DE COMPENSATION DU B.G.B.

§ 1. Brèves considérations sur l'idée et sur les divers systèmes de compensation

2. Il importe à remarquer que, du fait que deux créances coexistent entre les mêmes personnes, qui se trouvent ainsi et à la fois créancière et débitrice l'une de l'autre — il ne résulte point avec nécessité (pas plus d'ailleurs que de la notion d'obligation elle-même) que cette circonstance devrait forcément exercer une influence quelconque sur

l'existence et le contenu des créances en cause. La coexistence n'implique point rationnellement, de par elle-même, l'extinction ou même une paralysie mutuelle des créances réciproques, surtout si celles-ci résultent de rapports juridiques différents. « Qu'importe, en définitive, que le créancier de l'une soit le débiteur de l'autre ? Pourquoi ce fait impliquerait-il par lui-même une modification du rapport juridique ? La coexistence n'est qu'un accident, une circonstance extérieure au contenu des obligations, qui n'en doivent subir nécessairement aucun changement : les obligations ont pris naissance séparément, elles devraient être exécutées de même » ⁽¹⁾. Que ce raisonnement rigoureux ⁽²⁾ peut-être est cependant exact, le prouve sans doute le fait que l'institution de la compensation était vraisemblablement inconnue au droit romain de la première époque, dont le formalisme ⁽³⁾ ne concevait pas qu'une dette puisse s'éteindre autrement que par paiement ⁽⁴⁾, puisque dans cette conception formaliste la mort naturelle d'une obligation n'arrivait qu'avec son exécution ⁽⁵⁾.

Mais, si telle a pu être la conception primitive, elle a dû être de bonne heure modifiée au fur et à mesure que les relations juridiques et économiques se développaient ⁽⁶⁾. En effet, cette situation (la coexistence de deux obligations à prestations identiques et réciproques) devenait si fréquente et sa résolution par compensation apparaissait si simple,

(1) LAÏR (*De la compensation*, Introduction, p. xvii). V. dans le même sens, MEYNIAL (Thèse, Introduction).

(2) Qui était d'ailleurs adopté par le droit canonique et résumé dans l'adage : « Une dette n'empêche pas l'autre. »

(3) Et le principe de l'unité de question (le principe de l'analyse). V. APPLETON (*Histoire de la compensation*, p. 13).

(4) V. FRÖHLICH (*Diss.*, p. 3) et MEYNIAL (*op. cit.*, p. 5).

(5) Dans cette conception, l'obligation représentait « eine starre in sich schroff abgeschlossene Individualität ».

(6) Et même plus tard — estime BRINZ (*Lehrbuch der Pandekten*, II, p. 424) — la compensation n'a jamais eu en droit romain le caractère d'un « modus tollendarum obligationum », mais celui d'un simple moyen procédural. Car si la compensation eût été en droit romain une cause d'extinction d'obligations, c'est dans le titre « De solutionibus et liberationibus » qu'on devrait la trouver, alors qu'en réalité elle n'est indiquée (aussi bien dans les sources pré-justiniennes que dans celles de Justinien) que comme moyen de défense, à la fin des actions et après certaines exceptions.

par rapport à un double paiement formaliste (et cela sans trop d'inconvénients pour les parties en cause) que si l'on regarde toutes les législations plus ou moins évoluées, on s'aperçoit que la compensation est partout réglementée : c'est qu'une double raison d'équité aussi bien que d'utilité pratique y pousse avec nécessité.

3. Pourtant, les différentes législations ont pris dans ce domaine des attitudes variées, non point quant à l'idée de compensation en elle-même, mais surtout quant au mode d'accomplissement de cette institution juridique. Les discussions autour de ces attitudes — et plus particulièrement à propos de celle qu'avait adoptée sur ce point le droit romain — ont été vraiment interminables et, même pas aujourd'hui, les auteurs ne se sont pas mis unanimement d'accord sur la signification qu'il convient d'attribuer au célèbre « *ipso-jure compensari* », que Windscheid a qualifié d'ailleurs avec raison « la plus grande énigme de la théorie romaine de compensation » ⁽¹⁾.

Pour en revenir à la situation de fait initiale mentionnée plus haut, disons que plusieurs attitudes sont concevables en face d'une réciprocité de créances sujettes à être éteintes par compensation. Il ne nous semble pas inutile d'indiquer ces attitudes, puisqu'elles constituent presque autant de systèmes adoptés dans ce domaine par les diverses législations.

a) Tout d'abord, comme on l'a déjà fait remarquer, on pourrait déclarer que les créances qui se trouveraient coexister l'une vis-à-vis de l'autre, devront continuer à subsister sans modification aucune et ne s'éteindre que par une exécution réciproque (ou accorder tout au plus, aux parties, un droit mutuel de rétention en ces de connexité) ⁽²⁾.

b) Une autre attitude serait celle de décider, que c'est à la seule volonté des parties en cause de convenir, d'un commun accord et avec une entière liberté, sur la continua-

(1) WINDSCHEID (*Pandectes*, II, p. 248, Nr 3).

(2) Ce que paraît avoir fait d'ailleurs le droit canonique, qui accordait en certains cas la rétention à défaut de compensation qu'il interdisait (Voir le *Forum Ecclesiasticum*, Q. 548, n° 1).

tion ou l'extinction par compensation de leurs créances : c'est le système de compensation conventionnelle.

c) Ou bien encore, admettre que les obligations devront s'éteindre automatiquement « *sine facto hominis* », dès le premier moment de leur réciprocité de fait. C'est le système de compensation légale, dont la paternité a été attribuée à tort — par une interprétation erronée des textes — au droit romain, alors que celui-ci pratiquait en réalité,

d) la compensaion judiciaire, c'est-à-dire le système où c'était au juge à décider et à accomplir ce que les parties — faute d'un commun accord — ne pouvaient pas accomplir par elles-mêmes.

e) Enfin, dernier système de compensation — et qui, en dépit des controverses paraît être le plus récent chronologiquement — est celui où l'effet extinctif, compensatoire, s'accomplit par voie de déclaration unilatérale émise par l'une des deux parties en cause (*Declarations-system*).

Telles sont les principales attitudes auxquelles pourrait faire penser la nécessité de trouver une solution commode et équitable à une situation qui arrive souvent en pratique. De ces cinq systèmes différents de compensation, c'est le quatrième et le deuxième qui semblent avoir historiquement été les plus anciens, bien que l'accord en doctrine ne soit pas unanime sur ce point ⁽¹⁾. *Autrement dit, la compensation a probablement commencé par être judiciaire pour passer ensuite, sinon concomitement, par le stade contractuel pour arriver finalement à celui où on lui a permis à se débarrasser du procès et du contrat.* Entre temps, la compensation automatique et légale appuyée sur l'autorité des glossateurs et adoptée principalement par le Code civil français (ainsi que par d'autres codifications d'inspira-

(1) Cf. ENNECERUS (*Lehrbuch*, II, 294), von SCHWERIN (*Grundzüge des deutschen Privatrechts*, p. 192), HECK (*Grundriss des Schuldrechts*, p. 182), SÉGUR (thèse, p. 5), MEYNIAL (*op. cit.*, p. 5), DEERBURG (*Pandekten*, II, p. 172). Par contre, STAMMLER (*Das gesamte deutsche Recht*, p. 5) émet des doutes à ce sujet, car — pense-t-il — ce contrat de compensation se trouve rarement mentionné dans les sources romaines. Dans le même sens : LEONHARD (*Aufrechnung*, p. 19) déclare qu'il n'y a pas eu, au début, à Rome de contrat de compensation et qu'on ne pouvait atteindre ce résultat que par des « *acceptilationes* » réciproques ou par des « *pacta de non pretendo* ».

tion française) a constitué un système dont la simplicité a séduit longtemps les esprits.

4. Ces étapes ou périodes n'ont rien d'absolu (cela s'entend) puisque même dans les législations modernes, il y a deux ou trois de ces systèmes qui coexistent sans aucun inconvénient. Mais il paraît — ainsi qu'on vient de l'indiquer — que la compensation unilatérale consacrée par le BGB représente un mode d'accomplissement ou un système plus récent que les autres. *Il est vrai qu'on a soutenu dans la Doctrine allemande, que cette prétendue innovation des codifications récentes (du siècle dernier) n'en serait pas une, puisqu'elle aurait été déjà connue par le droit romain où la compensation se serait accomplie également par voie de volonté unilatérale de la part de l'une des parties en cause et non pas tant ou seulement par contrat ou procès comme on le croit trop souvent.*

Léonhard ⁽¹⁾ est le principal représentant de cette opinion, mais malgré tous ses arguments ingénieux, et malgré toutes les sources ⁽²⁾ qu'ils invoque à leur appui, sa thèse est loin d'avoir gagné la partie ⁽³⁾. Car un acte d'extinction unilatéral se fût difficilement accomodé avec la structure et l'esprit du droit des obligations à Rome. Et, autant paraît peu plausible la théorie qui prétend qu'en droit romain l'effet compensatoire s'opérait « *sine facto hominis* », autant le paraît aussi celle qui met uniquement l'accent sur la volonté unilatérale des parties. Selon toute vraisemblance — à Rome et jusqu'aux derniers temps — la compensation a été judiciaire (ayant sans doute été précédée ou même accompagnée par le contrat de compensation) : c'était donc au juge d'admettre et d'accomplir la compensation invoquée par voie d'exception, par la partie qui voulait utiliser ce moyen de défense et il le faisait — surtout aux premiers temps du droit romain — toutes les fois qu'il estimait équitable l'application de ce moyen.

(1) *Op. cit.*, pp. 30, 130, 144, etc.

(2) Surtout 1, 12 C. de compensation, 4, 31 et 1, 3 D. de compensation, 16,2.

(3) Cependant cette thèse paraît trouver bon accueil chez FEDER (ZHR, t. 54, p. 468), EHRLIGER (*Diss.*, p. 17), NOLTE (*Diss.*, p. 72), etc.

Nul n'a peut-être mieux montré que Dernburg ⁽¹⁾, l'évolution de la compensation à Rome : comment, d'abord admise dans quelques cas déterminés où son application apparaissait équitable aux yeux du juge, elle devint plus tard indépendante de l'« *arbitrium* » de ce dernier, arrivant à représenter ainsi un droit objectif des parties ⁽²⁾. Ou suivant les paroles de Papinien, qui résumant admirablement cette évolution : « *Æquitas merum jus compensationis introduxit* ». Cette explication historique ne paraît point incompatible avec le célèbre « *ipso jure* » — la pomme de discorde en ce domaine — comme nous le verrons dans un des chapitres qui suivent. Ici, bornons-nous à constater qu'admettre que la compensation s'accomplissait à Rome par l'intermédiaire du juge plutôt qu'automatiquement ou par voie unilatérale, c'est en outre conforme à l'idée profonde de Jhering, qui parlait quelque part de « *la prépondérance du procès dans l'enfance (Kinderheit) du Droit* ».

§ 2. Origines médiate et immédiates du système allemand de compensation unilatérale et extra-judiciaire

5. C'est cette conception de compensation judiciaire qui passa principalement dans le droit commun allemand (*Gemeinrecht*), qui n'est en réalité que la continuation des dogmes contenus dans les sources romaines, reçues en Allemagne par l'événement du xv^e siècle, appelé depuis la « *réception du droit romain* » ⁽³⁾. Cette introduction capitale pour le développement ultérieur du droit germanique et dont l'influence s'est fait sentir jusqu'à la promulgation du BGB, ce n'est pas par un acte de législation qu'elle fut

(1) *Kompensation*, p. 309. V. aussi APPLETON (*op. cit.*, p. 433).

(2) « Le développement de la compensation à Rome n'est autre chose que le progrès même de cette réaction de l'équité contre le droit arbitraire des XII Tables, qui est en quelque sorte l'histoire du droit romain » dit très bien LAIR (*op. cit.*, Introduction, p. VIII).

(3) Ce fût — nous dit HEILFRON (*Geschichte des gemeinen Privatrechts*, p. 308) — l'événement par lequel le droit romain sous la forme du « *Corpus juris civilis* », le droit canonique sous la forme du « *Corpus juris canonici* » et le droit féodal lombard sous la forme des « *Libri Feudorum* » furent reçus en Allemagne comme sources du droit commun ».

accomplie, mais plutôt par voie de coutume ⁽¹⁾ et par l'entremise des interprètes. Pourtant, il ne faut pas croire que c'est sans mal que s'est opéré, ce que Goethe dans son « *Goetz von Berlichingen* » qualifie d'« *invasion romaine* » : si le droit romain parvint à se faire appeler « droit commun », ce n'est cependant qu'en dernière analyse qu'on se décide à recourir à cette « raison écrite ». Et l'on sait à quelle réaction nationaliste — surtout lors de la rédaction du nouveau Code civil — donna lieu le désir de s'affranchir de cette servitude romaine. Les œuvres législatives imprégnées par cet esprit nouveau commencèrent à paraître en Allemagne dès le XVIII^e siècle avec le « *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis* » de 1756, dû au baron de Kreitmayer. Mais pour en revenir à notre problème, il convient de remarquer que si la compensation judiciaire se réclamait des sources romaines, ce n'est pas de textes différents qu'on a prétendu faire découler le système de compensation légale, automatique, qui trouva particulièrement accueil dans les pays de culture française. Qui, de l'un ou de l'autre, de ces deux systèmes de compensation correspondait mieux à la vérité historique, nous l'avons déjà indiqué et ceci est une chose généralement reconnue. Ne croyons pas cependant que leur délimitation de l'un ou de l'autre côté du Rhin ait eu un caractère si absolu que pouvait le faire croire ce que nous venons de dire à ce sujet. La Doctrine et la Jurisprudence du droit commun ne connurent pas uniquement la compensation judiciaire : *les théories absolues eurent également de nombreux et brillants partisans*. Dernburg ⁽³⁾ prétend même, que ces dernières théories ont été les seules dominantes, tout le long des XVII^e et XVIII^e siècles affirmation sujette à caution, car s'il est indéniable qu'elles furent bien représentées, il ne faut cependant pas oublier que le camp adverse comptait des noms comme : Anton

(1) C'est pour cela d'ailleurs que M. CORNIL (*Quelques considérations sur la réception du droit romain en Allemagne*, p. 14) déclare que « l'expression « réception du droit romain » n'est pas heureuse, parce qu'elle fait penser à une brusque introduction, dans la vie sociale, d'un facteur nouveau de nature à bouleverser celle-ci... »

(2) En France, cette conception, adoptée par les grands juristes POTHIER et DOMAT, fût finalement consacrée par le Code Napoléon.

(3) *Op. cit.*, p. 287.

Faber, Maevius, Carpzow, Brunnemann, Berger, etc... Quoi qu'il en soit, la situation devient bien plus claire au XIX^e siècle, où le système judiciaire prend sans conteste le dessus et s'impose d'une manière dominante, régissant en maître toute la première moitié de ce siècle. Et même après 1850 une grosse partie de la Doctrine était encore en ce sens : Windscheid, Eisele, Brinz, Geib, Dernburg, etc... *estimaient qu'une compensation n'était possible que par contrat ou par sentence du juge.*

6. Mais le stade de la compensation judiciaire fut finalement dépassé : des idées nouvelles se sont fait jour en la matière et en particulier celle de garantie. On voulait séparer la compensation du procès et la transporter sur le terrain du droit matériel. L'idée était à moitié neuve, puisque déjà Bartolus dans son « *Digestenkommentar* » (1) enseignait la possibilité de compenser par déclaration unilatérale et l'on sait que Léonhard attribuait ce système déjà au droit romain. Mais cette conception ne prend vraiment consistance et ampleur que dans la seconde moitié du siècle passé. Des juristes nombreux — et non des moindres — l'accueillent avec faveur et s'en font les défenseurs. On estimait que la compensation extra-judiciaire était conforme à la nature du droit de compensation dans sa forme évoluée et qu'elle répondait mieux aux nécessités de la vie pratique. Le juge — qui intervient en cette matière — disait-on — ne peut avoir qu'un effet déclaratif, car ce n'est pas le juge qui accomplit en réalité la compensation, mais les parties. « L'accomplissement de la compensation — ajoutait dans le même sens l'un des plus fervents défenseurs de cette dernière théorie — « est une fonction étrangère en elle-même à cette sentence, fonction qui ne lui est attachée nulle part ailleurs de cette manière et dont l'acceptation par la doctrine repose sur une surestimation des formes de l'évolution juridique

(1) BARTOLI, *Commentarii in Secundam Digesti veteris partem*. Lugduni, 1550, fol. 150 (« requiritur ergo voluntas debitoris compensantis et ex hoc dico vobis, quod non est necesse ad extinguendum debitum ipso-jure, quod compensatio opponatur in judicio, sed ubicumque notifico tibi, quod volo debitum cum credito compensare ipso-jure tollitur obligatio »).

aux dépens de la nature du droit appelé à cette évolution ». Et cet auteur de conclure : « *Il ne faut donc pas lier les effets de la compensation à son admission par le juge mais à la déclaration unilatérale même extra-judiciaire de l'une des parties...* » (1).

D'autres juristes adoptent avec plus ou moins d'enthousiasme cette thèse et ce raisonnement : ainsi, tandis que Bethmann-Hollweg (2) et Ubbelohde (3) mentionnent sans insister la possibilité d'une compensation extra-judiciaire et unilatérale, Stölzel (4), Gruchot (5), et Kohler (6) la défendent avec force, suivis bientôt par d'autres, Krug (7) appelle ce genre de compensation « *compensatio expressa* » et même Dernburg (à partir de la troisième édition de ses *Pandectes*) semble incliner — lui aussi — vers la nouvelle conception. « La compensation s'accomplit » — dit-il en effet — « avec la déclaration de l'une des parties donnée à l'autre. *Le plus souvent*, elle est opposée en procès par le défendeur et par voie d'exception ». Mais l'auteur prend soin d'ajouter : « Est-ce à peine le juge qui opère la compensation sur la base de la proposition de l'une des parties en procès (tel que le pensait le droit romain) ou s'opère-t-elle déjà par la déclaration unilatérale de l'une des parties à son adversaire ? La dernière alternative correspond à la marche de l'évolution juridique moderne ».

La Jurisprudence ne tarda pas à se ranger du côté de l'avis de cette doctrine devenue pas à pas dominante : adoptée d'abord par les hautes instances des Etats particulier (8), puis par la Cour suprême de commerce de l'Em-

(1) OHNSORGE (*Iherings I*, Bd. 20, p. 290).

(2) *Der römische Zivilprozess* (cité par NOLTE, *op. cit.*, p. 71).

(3) *Ipsò-jure compensatur* (cité par NOLTE, *op. cit.*, p. 71).

(4) *Op. cit.*, I, p. 11.

(5) *GruchotsB*, Bd. 19, p. 325.

(6) *ZZPr.* Bd. 20, p. 6.

(7) *Lehre von der Kompensation*, pp. 12 et 82.

(8) DERNBURG (*Pandectes*, II, p. 122).

(9) Le premier arrêt de ces instances — dans ce sens — date de 1849 (V. *Seuff. Archiv.* Bd. 7, Nr 165 ; Bd. 17, Nr 234 ; Bd. 19, Nr 144 ; Bd. 22, Nr 128 ; Bd. 23, Nr 122 ; Bd. 28, Nr 215 ; Bd 30, Nr 134 ; Bd. 38, Nr 222, etc.).

pire ⁽¹⁾), l'idée de la compensation unilatérale et extra-judiciaire fut finalement admise par le Reichsgericht lui-même, dont le célèbre arrêt du 11 octobre 1883 déclare : « *Ce n'est pas le juge qui opère la compensation, mais il ne fait que confirmer la compensation effectuée déjà par la déclaration de volonté du débiteur et contestée à tort* ». Et l'instance suprême rappelle — dans les motifs de son arrêt — que cette conception, bien que non adoptée intégralement par la Doctrine du droit commun, correspond cependant à l'évolution juridique et aux législations nouvelles ⁽²⁾.

7. L'instance suprême avait raison : non seulement les codifications rédigées à l'époque étaient de ce côté de la barricade, mais on s'accordait pour interpréter en ce sens, même les dispositions des codifications plus anciennes et qui semblaient à première vue être imprégnées d'une tout autre conception de compensation. Ainsi par exemple, le Code prussien de 1794 (ALR), œuvre de Suarez sur l'initiative de Frédéric-le-Grand et du chancelier von Carmer, rédigé à un moment où les théories absolues étaient en vogue, paraissait avoir embrassé le système de compensation légale. En effet, son article 301 (chap. 6, titre 16) déclarait : « *Dès que la créance par laquelle la compensation devient légalement fondée prend naissance, la dette est considérée éteinte jusqu'à due concurrence* ».

Néanmoins, ni la Doctrine ⁽³⁾, ni la Jurisprudence ⁽⁴⁾ dominantes prussiennes, ne furent par trop longtemps embarrassées par la rédaction de ce texte. L'une et l'autre appuyées autant sur les nécessités pratiques que sur l'esprit du Code dont il s'agit — tel qu'il résultait d'autres de ses dispositions — décidèrent d'un commun accord, que la com-

(1) V. Jurisprudence du ROHG (Bd. 7, p. 86 ; Bd. 9, p. 109 ; Bd. 106, p. 116 ; Bd. 13, p. 362 ; Bd. 14, p. 433 ; Bd. 16, p. 355 ; Bd. 19, p. 77).

(2) RGZ. Bd. ii, p. 114. Voir aussi les arrêts du 19 mai 1882 et du 6 février 1885 (RGZ, Bd. 7, p. 243 et Bd. 13, p. 172).

(3) V. KOCH (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, II, p. 263) ; DEICHMANN (*GruchotsB.*, Bd. 42, p. 265), etc.

(4) V. Jurisprudence du ROHG (Pd. 12, p. 241 ; Bd. 46, p. 114 ; Bd. 65, p. 295) et RGZ (Bd. 4, p. 331 ; Bd. 6, p. 254 ; Bd. 7, p. 245 ; Bd. 11, p. 120, etc.).

pensation ne saurait s'accomplir d'elle-même et que, par contre, on avait besoin pour cela qu'elle fût invoquée par l'un des intéressés. Une décision plénière (*Plenarabschluss*) de la Cour suprême prussienne est formelle à cet égard : « La compensation — dit cette décision — n'exige aucun contrat, mais elle résulte, en tant que droit conditionné dans son efficacité par son exercice, de la loi. Chacun des deux créanciers peut unilatéralement compenser contre l'autre ; si l'un d'eux fait usage envers l'autre de ce droit, la compensation produit son effet dès le moment de la déclaration » (1).

Si l'on passe maintenant à une autre codification d'esprit germanique de l'époque, le Code général autrichien de 1811 (ABGB), nous allons rencontrer les mêmes textes incommodes et le même désir d'y échapper. Voici en effet ce que décidait (2) à ce sujet l'article 1438 de ce dernier Code : « S'il y a des créances réciproques, valables, identiques et de telle nature qu'une chose qui est due à l'un des créanciers puisse lui être aussitôt redemandée, en tant que débiteur de l'autre, alors, jusqu'à concurrence de la plus faible, il y a une suppression réciproque des créances, qui opère par elle-même paiement mutuel ». Donc aussi bien le texte que l'histoire de sa naissance et de son évolution semblaient parler ici en faveur de la compensation « *sine facto hominis* ». Pourtant — et bien que les avis aient été divers sur ce point — l'opinion dominante (3), tenant compte aussi bien de la construction quelque peu obscure de la disposition citée que de l'esprit d'autres dispositions (art. 1441, 1442), qui parlaient du « débiteur qui peut opposer en compensation la créance qu'il possède... » ne fut pas longue à penser — par une interprétation un peu hardie peut-être — que la compensation serait liée même en cette législation à l'émission d'un acte de volonté et qu'elle n'opérerait, par conséquent, l'extinction des créances réciproques qu'au moment où elle serait invoquée soit dans un

(1) Jurisprudence du OT, Bd. 4, p. 208.

(2) Cette codification est d'ailleurs encore en vigueur.

(3) V. KOBAN (*Zwei Frage aus dem BGB*, p. 38) ; KLANG (*Kommentar*, IV, p. 504).

procès soit en dehors de toute poursuite. Plusieurs arrêts (tant anciens que récents) de la Haute Cour autrichienne sont en ce sens ⁽¹⁾.

Enfin — et pour en finir avec cette revue des législations d'inspiration germanique — tournons les yeux du côté de la Suisse et remontons un siècle à peu près en arrière. Il paraît que la codification de droit privé du canton de Zürich — œuvre qui date de 1854 — n'échappa pas elle non plus à l'influence des théories nouvelles en matière de compensation, puisque son article 1052 était conçu de la façon suivante : « Il dépend de la volonté du débiteur : s'il veut faire usage de son droit de compensation, ou s'il veut faire valoir sa contre-créance d'une autre manière ». *Donc, partout c'est la volonté des parties qui déclenche l'effet extinctif*, et l'on admet en général que cette volonté pourrait se manifester même en dehors du procès.

8. Cette tendance deviendra encore plus claire si l'on regarde maintenant les codes et les projets de code rédigés à l'époque à l'intérieur de l'Allemagne même, par les divers Etats particuliers, dont les codifications ont exercé indéniablement une influence décisive sur le législateur de 1900. Jetons un coup d'œil d'abord sur le projet de Code civil élaboré pour le royaume de Bavière et dont l'article 182 avait cette rédaction courte et précise : « La compensation s'accomplit par toute déclaration expresse donnée par le débiteur au créancier ». A quelques mots près, c'est le texte de l'article 388 actuel. Mais les rédacteurs bavarrois n'étaient pas les seuls à partager ces idées : l'article 992 du Code civil de 1863 (entré en vigueur le 1^{er} mars 1865) pour le royaume de Saxe — œuvre qui n'est que la continuation de la tradition locale du royaume de Saxe, toujours rebelle à la réception du droit romain et travail qui constitue, sans doute, la codification allemande la plus complète avant le BGB — était encore plus explicite à cet égard. « La compensation a lieu » — dit en effet ce paragraphe — « quand l'un des créanciers déclare à l'autre, dans un procès ou en dehors de tout procès, qu'il veut compenser. Une

(1) V. KLING (*op. cit.*).

telle déclaration produit l'effet que les créances réciproques sont considérées éteintes — jusqu'à concurrence de la valeur, la moindre — au moment où elles se sont trouvées coexister l'une vis-à-vis de l'autre, en tant que propres à la compensation. Le consentement de l'autre partie n'est pas nécessaire à la compensation ». *On voit que cette disposition du Code saxon contenait déjà tous les caractères essentiels du système actuel de compensation : déclaration unilatérale, possibilité de l'émettre même en dehors de tout procès, rétroactivité de cette déclaration.* Le législateur de 1900 n'a fait que diviser entre plusieurs paragraphes ce que celui de 1863 avait mis en un seul.

Rappelons encore que des dispositions analogues contenaient également le projet de Code civil de Dresde (1866) — dont l'influence particulière sur le BGB est connue — et le projet de Code civil pour le Grand-Duché de Hesse (élaboré entre 1841 et 1853). En effet, l'art. 372 du premier déclarait que « le débiteur peut entreprendre — si les conditions nécessaires sont réunies — l'extinction des créances par compensation ». Et l'art. 382 de la même codification — après avoir parlé de l'effet rétroactif de cette extinction — ajoutait dans le même sens : « Toutefois cet effet n'arrive que sous la condition que le débiteur ait déclaré au créancier qu'il veut faire usage de son droit de compensation ». Quant au projet de Code de Hesse, il disait des choses tout à fait analogues dans ses articles 308 et 318 (livre 1^{er}, titre 4). Tel était l'état de la Doctrine, de la Jurisprudence et de la législation au moment où les rédacteurs du BGB se sont mis à l'œuvre. La voie à suivre était donc déjà tracée *et la soi-disant innovation en matière de compensation nous apparaît maintenant plutôt comme l'achèvement et la consécration d'une conception qui n'était point étrangère aux esprits allemands et qui avait gagné entre temps presque la majorité des suffrages.* Sur ce point donc, comme d'ailleurs sur tant d'autres, pour ne pas dire sur tous les autres, le BGB n'a fait que « cristalliser des éléments juridiques qui jusqu'alors s'étaient développés sur le sol allemand et dans la conscience du peuple allemand » (1) : ceci explique pour-

(1) SALEILLES (*Annuaire de législation étrangère*, 1896, p. 157).

quoi le nouveau Code civil allemand est arrivé « à résumer à lui seul tout le mouvement scientifique du XIX^e siècle ».

SECTION II

LE SYSTEME ACTUEL DE COMPENSATION

§ 1. Exécution de la compensation unilatérale du BGB

9. Passons maintenant à examiner de plus près ce qui touche à l'accomplissement de la compensation dans le système actuel du BGB. Il est certain tout d'abord que, dans ce système, la compensation est entièrement détachée du domaine judiciaire, ou du moins en est rendue indépendante ⁽¹⁾. On ne saurait plus dire — comme on le faisait souvent sous l'empire du droit commun — que faute d'accord entre les parties, la compensation ne serait possible que par l'intermédiaire du juge ou que la déclaration donnée en dehors de toute poursuite et de façon unilatérale ne pourrait avoir que la signification d'une offre de compensation analogue à une offre de paiement ⁽²⁾. Aujourd'hui l'exercice extra-judiciaire du droit de compensation n'exige plus le consentement de la partie adverse, dont l'acceptation ou la contestation seraient aussi superflues ou inefficaces qu'elles le sont en cas de dénonciation (*Kündigung*) ou de sommation (*Mahnung*). Il est vrai que le B.G.B. n'a pas inséré parmi ses dispositions un alinéa exprès sur ce dernier point (comme le faisait par exemple le code saxon). Mais c'est parce qu'il le considérait probablement inutile, comme résultant implicitement de son

(1) Il est intéressant à remarquer que ce sont les législations anglo-saxonnes qui sont restées — sur ce point — les plus fidèles au droit romain. Car il est encore un pays où la compensation paraît être même aujourd'hui purement judiciaire : c'est l'Angleterre. En effet, la compensation n'est connue ici que comme moyen procédural, ni la volonté des parties, ni la loi, mais la sentence du juge produit l'extinction des créances. Et même, l'admission de ce genre de compensation est de date relativement récente, car pendant longtemps cette institution juridique fut considérée d'un oeil hostile par le « common law ».

(2) En effet, BRINZ, WINDSCHEID, EISELE, SCHWANERT, etc., attribuaient ce caractère à la déclaration de compensation, unilatérale et extrajudiciaire.

article 388, 1^{re} phrase : « La compensation se réalise par voie de déclaration envers l'autre partie ».

Cette indépendance de la compensation actuelle à l'égard du procès et de toute poursuite préalable, peut s'exprimer mieux en disant qu'elle a cessé d'être une « exception » (*Einrede*), au sens technique de ce mot (comme elle l'était en droit romain et longtemps en droit commun) pour devenir une objection (*Einwendung*) ⁽¹⁾ — à l'instar de celle résultant du paiement — c'est-à-dire l'allégation d'un fait qui supprime le droit de la partie adverse.

Que la compensation ne soit plus une exception ⁽²⁾, ceci peut signifier deux choses : d'abord celle qu'on ne saurait plus dire aujourd'hui, que la coexistence de deux créances, en état d'être mutuellement compensées, produirait, à elle seule, un affaiblissement de ces créances comparable à une exception, qui les paralyserait ⁽³⁾. Cette conception courante en droit commun, où elle était représentée surtout par Windscheid, est devenue aujourd'hui inacceptable, puisque, comme nous allons le voir par la suite, malgré leur réciprocité de fait, les créances continuent à coexister sans modification aucune, jusqu'à la déclaration de compensa-

(1) On sait que le langage du BGB est conventionnel et qu'il a souvent prêté à certaines expressions des significations qu'elles ne possèdent pas dans le langage commun. De notre point de vue, on se plaît à mettre en opposition — pour rendre plus saisissable la distinction dont nous parlons plus haut — la compensation actuelle et celle du droit commun, en disant que la première n'est plus une « *Einrede* » mais une « *rechtsvernichtende Einwendung* ». Car il paraît que le BGB a employé des expressions différentes pour désigner les exceptions en particulier (*Einreden*) et les objections ou les moyens de combat et de défense en général (« *Einwendungen* »). Quant à la différence qui existe réellement entre ces deux notions, les avis ne concordent pas toujours en doctrine. On dit pourtant souvent que l'« *Einrede* » ne supprime pas le droit contraire mais qu'elle le paralyse tout simplement, tandis que l'« *Einwendung* » (du moins ceux « *rechtsvernichtende* ») le supprimerait complètement.

(2) Ceci ressort clairement des Mot. (Bd. 2, p. 108) et le BGB lui-même met d'ailleurs souvent en opposition la compensation et l'exception (Voir les art. 404-406, 768-770 BGB). Plusieurs articles (4) du Code de proc. civ. (ZPO) qui parlaient encore de l'« exception de compensation » ont dû être modifiés en 1998 pour les mettre en accord avec la nouvelle conception du BGB.

(3) Dans ce sens, SIBER (*op. cit.*, p. 130) déclare : « *Aufrechnenbarkeit und Einrede haben nichts zu tun : die Einrede ist fortgesetztes Nicht-leisten, die Aufrechnung einmaliges Leisten.* »

tion. Après celle-ci, comme après un paiement régulièrement accompli, le compensant ne possède pas tout simplement une exception, mais une véritable cause de rejet de la prétention adverse, fondée sur le désintéressement du créancier. Donc, de ce premier point de vue, la compensation n'est vraiment plus une exception : avant la déclaration, non, puisque les créances existent encore et coexistent sans changement ; après la déclaration de compensation, non, car à ce moment-là les créances sont directement supprimées et de cette suppression, il ne naît pas un simple droit de « refuser la prestation » de l'autre partie.

Mais l'affirmation que la compensation n'est plus une « exception », possède encore un autre sens : elle signifie que *la compensation est devenue aujourd'hui un moyen d'attaque*. Le débiteur n'est plus obligé d'attendre la poursuite du créancier pour lui opposer son droit de compensation, car il peut prendre les devants et enlever à son adversaire tout droit de poursuite, en lui imposant un désintéressement permis par la loi, bien qu'il ne soit pas celui convenu primitivement.

Ce transport de la compensation sur le terrain du droit matériel — opéré par le BGB et, avant lui, par les codifications mentionnées dans les pages précédentes — est sans doute justifié. Car « *l'institution de la compensation, qui doit son existence au principe de l'équité, aurait manqué à sa destination et conduit à des iniquités certaines si la possibilité de compenser eût été limitée au procès* » ⁽¹⁾. En effet, il y a de nombreux cas en pratique, où le débiteur possède le plus vif intérêt à pouvoir compenser tout de suite et où il subirait de graves inconvénients s'il était réduit au seul moyen de compenser en justice. Qu'on pense seulement aux hypothèses où il y a des gages ou des cautions, dont le débiteur désire la libération immédiate.

Le fait que la compensation actuelle n'est plus une « exception », ou qu'elle ne donne plus lieu à une exception spéciale au sens technique du mot ⁽²⁾, a décidé certains

(1) NOLTE (*op. cit.*, p. 70).

(2) WACH (ZZPr. Bd. 26, p. 8) estime pourtant que « l'innovation de la compensation n'est dans le sens du BGB ni « Einwand », ni « Einrede » — mais, dans le sens du ZPO, elle est toujours « Einrede ».

auteurs à déclarer qu'il n'y aurait plus de compensation judiciaire dans le BGB. Mais cette affirmation va peut-être un peu trop loin, car s'il est exact qu'aujourd'hui il ne saurait plus être question d'une compensation opérée par voie d'exception, le nouveau système n'empêche aucunement à déclarer la compensation au cours d'un procès. Seulement, cette déclaration de compensation possèdera en essentiel la même nature juridique que celle faite en dehors de tout procès — sauf certaines conséquences pratiques, dûes à l'influence nécessaire des normes judiciaires.

10. En dehors du fait que la déclaration de compensation est devenue indépendante de toute poursuite, *elle l'est devenue aussi du consentement de la partie adverse*. Au point de vue formel, la compensation représente donc le droit d'émettre une déclaration unilatérale, faisant savoir qu'on veut compenser, et dont l'effet extinctif est immédiat. C'est dans ce sens qu'on a pu dire que la compensation constitue aujourd'hui un acte juridique (*Rechtsgeschäft*) du droit matériel, c'est-à-dire une manifestation privée de volonté, permise par la loi, en vue d'un résultat juridique qui s'accomplit justement parce qu'il est voulu, et sans avoir besoin d'aucune autre intervention.

On pourrait s'étonner — à première vue — quand on est habitué aux conceptions du droit français en spécial — de voir accorder une telle importance à une simple déclaration de volonté, comme le fait le système allemand. En effet, on se souvient que dans le Code Napoléon, la manifestation unilatérale de volonté n'engage pas, en principe, son auteur (donc ne produit pas d'effets juridiques) qu'au moment où elle est acceptée par celui ou ceux auxquels elle est adressée (donc il faut que la volonté concordante d'une autre personne vienne s'y joindre) ⁽¹⁾. Ceci est généralement admis, bien que « l'article 1008 Code civil ne parle que du consentement de la partie qui s'oblige, comme nécessaire, à la formation d'une convention. Mais, il est probable que le

(1) Sauf certaines exceptions, très peu nombreuses d'ailleurs, admises par exemple en matière de stipulation pour autrui, de gestion d'affaires d'acceptation d'une succession, de notification afin de purge, etc. (V. CAPITANT, *Cours de droit civ.*, t. II, p. 158).

législateur de 1804 se ralliait plutôt à l'opinion de Pothier » ⁽¹⁾ qui pensait que la pollicitation n'engage pas. La conception allemande est allée — surtout en Doctrine — beaucoup plus loin dans ce domaine, et le caractère obligatoire de la volonté unilatérale a été défendu ⁽²⁾. On est arrivé ainsi à la notion d'un engagement valable, bien que s'appliquant à une personne indéterminée. D'ailleurs le BGB consacre tout un titre (le second du 3^e chapitre, du 1^{er} livre) à la déclaration de volonté (*Willenserklärung*) en général et aux conditions qu'elle doit remplir (art. 116-144 BGB). Cependant il convient de remarquer que dans la compensation, l'effet de la déclaration unilatérale semble bien caractéristique, puisque, non seulement elle réalise un effet juridique, mais encore elle l'impose à l'autre partie.

11. Ce fût évidemment dans une pensée de simplification, et pour répondre à des nécessités pratiques, que le législateur allemand a autorisé le compensant à se passer du consentement de la partie adverse ou de la collaboration du juge. Mais ce fût sûrement aussi parce que dans la conception de ce législateur, la compensation *représente essentiellement un droit du compensant agissant en sa qualité de débiteur*. Nous l'avons déjà dit, nulle part la compensation n'apparaît organisée comme un droit du débiteur plus que dans le système du Code civil allemand ⁽³⁾. Il est vrai qu'à première vue l'article 387 BGB parle en des termes trop généraux qui ne peuvent donner aucune indication à ce sujet (« ...chaque partie peut compenser sa créance contre celle de l'autre partie... ») et que l'article 388 en fait de même (« ...La compensation s'accomplit par voie de déclaration envers l'autre partie »), ce qui pourrait faire

(1) DEMOGUE (*Traité des obligations*, t. I, p. 59).

(2) Le BGB ne paraît pourtant pas reconnaître en principe ce caractère que là où la loi le prescrit. En effet, l'art. 305 Code civil allemand déclare : « Pour la formation d'un rapport d'obligation par acte juridique ainsi que pour toute modification du contenu d'un rapport d'obligation — un contrat est nécessaire entre les intéressés en tant que la loi n'en décide pas autrement. »

(3) Cf. ORTMANN (*Kommentar*, § 388), ENNECERUS (*op. cit.*, p. 294), KIPP (WINDSCHEID) (*Pandectes*, II, p. 475), SIBER (*op. cit.*, p. 135), etc. (V. aussi : RGZ, Bd. 80, p. 394).

croire peut-être que le législateur n'avait aucune conception arrêtée sur ce point. Mais on changera d'avis sans doute, si l'on connaît les modifications subies par l'article 388 jusqu'à sa forme actuelle, modifications qui sont fort significatives pour notre point de vue.

En effet, l'article 282 du premier projet de code (*erster Entwurf*) (disposition qui correspond à l'art. 388 actuel) avait la rédaction suivante : « La compensation s'accomplit au moyen d'une déclaration donnée par l'un des créanciers à l'autre », et l'article 284 du même projet (art. 396 actuel) — qui statuait sur la compensation en cas de pluralité de créances — donnait également au « créancier qui invoque la compensation », le droit de déterminer l'imputation. Ces dispositions pouvaient donc laisser entendre qu'au moins en principe l'acte de compensation serait un acte de créancier (*Gläubigerakt*). Or voici que dès la seconde lecture, la commission de rédaction remplaça le mot « créancier » qui laissait paraître un point de vue par ceux qui n'en dénotent plus apparemment aucun : « l'une ou l'autre partie ». Toutefois on peut conclure — *per argumentum a contrario* — du changement qu'on vient d'indiquer en faveur de la thèse que nous avons exposée plus haut ⁽¹⁾. D'ailleurs elle correspond le mieux à la nature de la compensation, aux vues de la vie pratique et aux exemples des autres législations d'esprit germanique ⁽²⁾. Disons donc pour clore nos observations sur ce point, qu'à côté de l'obligation d'exécuter le débiteur possède le droit de compenser sa dette et qu'inversement, à côté du droit du créancier d'exiger l'exécution de sa créance, il y a pour lui sinon une obligation de tolérer

(1) Une autre indication en faveur de l'idée que le législateur a considéré la partie qui compense comme agissant en tant que débiteur — peut être tirée du second aliéna de l'art. 396, qui commence par les mots : « Si la partie qui compense doit à l'autre partie » : car, puisqu'il s'agit de quelqu'un qui doit, ce doit être le débiteur.

(2) En effet, ce point de vue était encore plus évident dans le Code prussien qui parlait ouvertement du débiteur qui compense (ALR, art. 306, 310, 313, 314, 315, etc.). Et l'on se souvient (voir *supra*, p. 27) que l'art. 182 du projet de Code de Bavière ainsi que celui correspondant (382) du projet de Code de Dresde se plaçaient également du même point de vue.

la compensation, au moins l'impossibilité juridique de l'empêcher ⁽¹⁾.

12. Ce caractère unilatéral et de contrainte (*Zwangsaufrechnung*) que possède actuellement — au point de vue formel — le droit de compensation, a décidé nombre d'auteurs à le faire entrer dans la catégorie des soi-disant « Droits du pouvoir juridique » (« *Rechte des rechtlichen Könnens* ») suivant une expression utilisée pour la première fois par Zittelmann ⁽²⁾ et qui a fait depuis époque. Sans vouloir en donner une étude très détaillée, disons cependant qu'on entend par là une catégorie de droits (dont font partie par exemple ceux : d'annulation (art. 121 BGB), de dénonciation (art. 247 BGB), de contestation (*Widerspruch*), etc...) qui ont ceci de commun qu'ils consistent tous dans la possibilité (faculté) spéciale donnée à une personne déterminée de provoquer, d'une façon intégrale ou du moins principale, par sa seule déclaration de volonté, un effet juridique avantageux, soit pour elle soit pour un tiers auquel cette personne s'intéresse, ou d'empêcher un pareil effet qui serait désavantageux pour elle ou pour ce tiers ⁽³⁾. Le pouvoir qu'accordent ces facultés ne consiste pas toujours dans l'acquisition de droits et on pourrait l'appeler plutôt une sorte de « pouvoir sur des effets juridiques futurs » qui permet à son bénéficiaire de provoquer par sa seule volonté de pareils effets, effets qui ne se seraient pas produits sans cela, ou d'en mettre obstacle à d'autres qui se seraient par contre produits. Ces « droits du pouvoir juridique » apparaissent soit comme éléments constitutifs d'un rapport juridique déjà existant et dont ils accélèrent ou conduisent l'évolution, soit comme ayant une existence indépendante :

(1) Dans le même sens : DEICHMANN (*GruchotsB*, Bd. 42, p. 276), déclare : « Le droit d'exiger l'exécution appartient au créancier, le droit de compensation au débiteur. »

(1) *Internationales Privatrecht*, II, p. 32 et « *Das Recht des BGB* », *Allgemeines Teil*, p. 23.

(2) ZITTELMANN ajoute que le caractère des droits du « *rechtlichen Könnens* » n'est pas changé par le fait éventuel que la déclaration de volonté serait soumise à des formes déterminées ou qu'elle pourrait avoir quelquefois besoin d'être constatée par le juge.

c'est à cette dernière catégorie qu'appartiendrait le droit de compensation ⁽¹⁾.

Comme autres caractères communs à cette catégorie juridique, mentionnons encore que tous les droits qui en font partie ne sont susceptibles d'être exercés qu'une seule fois, et même sous aucune réserve : autrement dit *ils succombent en se réalisant*. Il y a encore un certain nombre de juristes ⁽²⁾ qui appellent la compensation un « *Gestaltungsrecht* » (droit formateur) ⁽³⁾. Reichel, par exemple, parlant incidemment du droit de compensation, déclare que « la compensation est un « *Gestaltungsrecht* » de nature dispositive, du droit civil, et qui n'a rien à faire ni avec le tribunal ni avec le procès » ⁽⁴⁾. Et Tuhr définit le « droit formateur » : « la faculté appartenant à une personne, en raison d'une situation juridique spéciale, de produire, par sa seule volonté, un effet juridique » ⁽⁵⁾. Il semble donc qu'il s'agisse toujours d'une notion analogue à celle représentée par l'expression que nous venons d'examiner plus haut, surtout parce qu'elle paraît viser les mêmes droits que ceux revendiqués par les « *Rechte des rechtlichen Könnens* ». Ainsi Gierke, après avoir dit que : « En général une obligation ne peut être anéantie par la déclaration unilatérale de volonté d'une seule partie : il en est autrement si — par convention ou par règle juridique positive — une partie possède un « *Gestaltungsrecht* » spécial en vertu duquel elle pourra opérer l'extinction de l'obligation par une simple déclaration unilatérale » ⁽⁶⁾ — cite comme exemples de pareils droits (et en dehors de celui de compensation) ceux de résolution (*Rücktritt*) et de sommation que nous avons déjà rencontrés. Mais cette question de terminologie est sans doute secondaire : *essentiel n'est que le caractère d'acte juridique (Rechtsgeschäft) qui atteint*

(1) V. HELLWIG (*Lehrbuch*, I, p. 234).

(2) P. ex. : DERNBURG (*Bürgerliches Recht*, II, p. 282), STAMMLER (*op. cit.*, p. 6), GIERKE (*Deutsches Privatrecht*, p. 165), KIPP (*op. cit.*, p. 474), STAUDINGER (*Kommentar*, § 388), etc.

(3) Suivant la traduction de M. THILO (*Partie générale du Code fédéral des obligations*, de A. VON THUR, t. I, p. 18).

(4) REICHEL (*Iherings I*, Bd. 60, p. 60).

(5) A. VON THUR (*op. cit.*, p. 19).

(6) GIERKE *op. cit.*, p. 177).

son but par lui-même et sans le consentement ou le concours de personne, que possède actuellement l'acte de compensation. Mais si ce caractère est aujourd'hui généralement reconnu, il n'a cependant pas manqué d'être contesté — et même avec vigueur — quelquefois. Lippmann est le juriste qui a soutenu avec le plus de force — bien que rarement avec raison — que le changement intervenu entre le système de compensation du droit commun et celui du BGB ne serait pas si marqué qu'on le croit si souvent et que la compensation du BGB ne pourrait pas avoir le caractère d'acte juridique puisque le législateur n'a pas tiré les conséquences qui auraient dû en résulter ou parce qu'il en est arrivé à d'autres qui n'en résultent pas. Bien que les arguments de cet auteur se heurtent à la lettre ou à l'esprit de nombreuses dispositions positives — raison pour laquelle ils sont restés à peu près sans écho dans la Doctrine — il ne paraît cependant pas inutile d'en mentionner ici l'essentiel.

13. Critiques de Lippmann au sujet du caractère d' « acte juridique » de la déclaration de compensation unilatérale. — Lippmann ⁽¹⁾ commence ses objections en s'efforçant d'établir d'abord la nature de la compensation en droit romain pour lequel il aboutit à la conclusion probablement exacte, que cette institution juridique ne jouait qu'entre les limites du procès et qu'elle n'était donc pas un « *modus solvendi* » mais un « *modus procedendi* ». Ces conclusions devraient continuer à être valables — estime l'auteur cité — pour le droit commun et même pour celui du BGB, car Lippmann nie — comme on vient de l'indiquer — le caractère d'acte juridique (*rechtsgeschäftlich*) à la déclaration de compensation actuelle. « Le premier sens de cette déclaration — dit-il en effet — est un refus de payer de la part du débiteur ; or, peut-on considérer la négation du droit poursuivi comme un résultat juridique acquis ? En réalité — ajoute Lippmann — l'effet juridique ne sera créé que par la sentence du juge qui interviendra en cette hypothèse et dont la base sera justement représentée par

(1) *Iherings I*, Bd. 32, p. 157 et Bd. 43, p. 435.

la contestation opposée au droit du demandeur. D'ailleurs les « Motifs » ⁽¹⁾ représentent la compensation comme une sorte de désintéressement imposé au créancier ou de « *Selbstexecution* » donc, comme un acte d'autorité (*Zwangrecht*). Ceci signifie implicitement que la compensation n'est pas un « acte juridique » car le « *Zwang* » (la contrainte) n'a jamais ce caractère ».

L'erreur que commet Lippmann est certaine et nous allons le prouver sans peine : d'abord il n'est pas exact que la déclaration de compensation aurait — comme on le prétend — la signification première et nécessaire d'un acte négatif, à savoir celle d'un refus de paiement. Cette analyse de l'acte de compensation aurait été peut-être fondée pour les théories judiciaires du droit antérieur (où le compensant en tant que défendeur, opposait ses moyens de défense à la demande de l'autre partie) *mais elle est inacceptable pour le BGB où très souvent c'est le compensant qui prend l'initiative en dehors même de toute poursuite*. Quant à la seconde affirmation, celle qui concerne le « *Zwang* » contenu dans l'acte de compensation, elle est également à écarter. Car l'auteur oublie que tout acte juridique unilatéral provoque un changement d'un droit d'autrui, même contre la volonté de son titulaire : qu'on pense, par exemple, à la dénonciation (*Kündigung*) qui impose également ses effets à la partie adverse. Donc, la modification d'un droit sans le consentement de celui qui en est le titulaire, n'est aucune particularité de l'acte de compensation, mais de tous les actes juridiques unilatéraux.

Enfin, Lippmann pense que la déclaration de compensation ne saurait être « *rechtsgeschäftlich* » pour d'autres raisons encore. « Comme acte judiciaire, dit-il, la compensation ne pourrait toucher que les parties en procès, donc elle n'aurait qu'un effet limité comme le procès lui-même. Par contre, si la compensation avait le caractère d'acte juridique extra-judiciaire, alors ses effets opéreraient même contre ou à l'égard des tiers : ainsi par exemple, les gages ou cautions seraient déjà libérés par cette déclaration elle-même. » « Or, la caution — ajoute Lippmann — ne

(1) Bd. 2, p. 106.

saurait prétendre à être libérée avant qu'on ait constaté dans un procès, avec force de chose jugée, que le débiteur possédait vraiment la faculté de compenser : autrement la valeur économique du cautionnement ou du gage serait diminuée ».

« D'ailleurs, pourquoi parler du caractère « *rechtsgeschäftlich* » de la déclaration de compensation du débiteur — se demande encore Lippmann — et ne pas dire plutôt que l'effet juridique qu'on prétend avoir provoqué par ce moyen existait déjà à l'état latent — pour ainsi dire — dans l'état de choses que constitue la coexistence des créances sujettes à être éteintes par compensation, puisqu'une autre volonté — celle de la partie adverse — serait capable de provoquer le même résultat ? ».

Finalement, Lippmann estime que la déclaration de compensation donnée en dehors de toute poursuite n'aurait en réalité que la signification d'une offre de compensation à laquelle le compensant resterait en tout cas lié (art. 145 BGB) mais contre laquelle la partie adverse conserverait le droit de se pourvoir en justice.

Pas plus que les précédentes, ces nouvelles affirmations de Lippmann ne paraissent devoir être retenues : celle qui déclare que la libération de la caution ne se produirait qu'au moment où un jugement aurait statué là-dessus avec force juridique est inexacte pour la bonne raison que même si, en cas de contestation, la question était portée devant le juge, la sentence de celui-ci n'aurait qu'un effet déclaratif (comme d'ailleurs la plupart des jugements) c'est-à-dire en espèce, elle ne ferait que confirmer la libération de la caution produite déjà effectivement par la déclaration unilatérale ⁽¹⁾. Car c'est justement un des grands avantages pratiques du nouveau système de compensation, que celui de permettre la libération immédiate et facile des gages ou des cautions sans passer par un procès et sans attendre, donc, aucune poursuite ⁽²⁾.

Quant à l'idée d'attribuer l'effet extinctif plutôt à la simple vertu de la coexistence des créances qu'à la déclaration

(1) Cf. KOHLER (ZZPr., Bd. 20, p. 1), LEONHARD (*op. cit.*, p. 202), etc

(2) FEDER (*op. cit.*, p. 479) remarque à juste titre que les opinions de LIPPMANN devraient conduire à déclarer impossible même une compensation par contrat.

unilatérale, le moins qu'on en puisse dire c'est qu'elle ignore complètement l'esprit du nouveau système. La Jurisprudence a maintes fois fait remarquer que la compensation n'est aucune conséquence de la nature intime des créances ou de leur coexistence et que celle-ci n'exerce aucune influence sur l'existence des obligations réciproques. *C'est pour ne pas avoir réussi à se débarrasser de l'ancienne conception du droit commun sur ce point, qu'on a abouti à des affirmations du genre de celles que nous combattons ici.*

Il y a un seul point sur lequel nous nous rencontrons avec Lippmann : c'est sur celui de la rétroactivité de la déclaration de compensation (qui formera d'ailleurs l'objet d'un chapitre spécial de cette étude). *Il paraît en effet vrai de dire que cette rétroactivité est incompatible avec un acte « rechtsgeschäftlich » dont les effets ne pourraient se produire que « ex nunc » et jamais « ex tunc ».* Mais cette inconséquence du législateur allemand n'autorise pas à nier le caractère fondamental du système qu'il prescrit, d'autant plus qu'il faut voir dans cette rétroactivité non pas une disposition susceptible d'une explication constructive, mais une disposition appliquée « *post factum* », donc une fiction légale et non dogmatique.

§ 2. La déclaration de compensation unilatérale est un « *actus legitimus* »

14. On a vu que la compensation s'accomplit dans le système du BGB par une simple déclaration unilatérale ; insistons maintenant un peu plus longuement sur les conditions que doit remplir cette déclaration, dans ce système.

D'abord, il est certain — et la Jurisprudence est unanime en ce sens — que la dite déclaration n'est soumise à aucune forme solennelle et qu'on n'est par conséquent point obligé d'y faire insérer avec nécessité le mot « compensation » du moment que la volonté certaine en ressort clairement ⁽¹⁾.

C'est dire qu'une déclaration du genre qui nous intéresse

(1) RG in « *Recht* », 1902, p. 19 ; RG in JW, 1902, p. 532 ; RG in « *Recht* », 1929, Nr. 2146.

pourrait être même tacite, qu'elle pourrait donc avoir lieu « *per factum concludens* » pourvu que, de l'attitude du compensant, on puisse réellement conclure à son désir de compenser ⁽¹⁾. Une limite de temps pour cette déclaration n'existe pas en principe ⁽²⁾ ; on a laissé au bon plaisir du débiteur d'en faire ou non usage et au moment où il l'estimera nécessaire ; *mais cette faculté ne subsiste évidemment que tant que dans les conditions exigées pour la compensation se trouvent encore réunies et tant qu'aucun obstacle n'est venu rendre cette opération impossible*. Le débiteur pourra donc déclarer la compensation et l'opposer ensuite comme « *compensatio jam facta* », même après qu'il aura été condamné à payer une somme d'argent et même après que l'exécution forcée aura été commencée contre lui : il la rendra sans objet par ce moyen ⁽³⁾. Mais en revanche, la Jurisprudence estime qu'une déclaration de compensation donnée à l'avance (c'est-à-dire pour le cas où la créance de l'autre partie viendrait à naître) est inopérante, car il y aurait ici une déclaration donnée sous une véritable condition ⁽⁴⁾, ce qui est défendu par l'article 388 BGB, sur lequel nous reviendrons dans un instant. La déclaration unilatérale de compensation, pour qu'elle devienne opérante, a besoin d'être reçue par la partie adverse : c'est dans ce sens qu'on l'appelle « *empfangsbedürftig* » (exigeant réception). Mais ceci ne doit pas faire croire que son efficacité serait indéfiniment suspendue ou même supprimée, au cas où le destinataire refuserait ou négligerait d'en prendre connaissance. Il faut plutôt dire que le compensant aura l'obligation de faire parvenir sa communication à l'autre partie, par un moyen qui, habituellement, suffit pour que celle-ci en connaisse le contenu en temps utile ⁽⁵⁾.

On s'accorde, d'autre part, à affirmer que la déclaration

(1) V. RGZ, Bd. 52, p. 304.

(2) Sauf certains cas exceptionnels (art. 354, 554 BGB).

(3) Ceci est compatible avec l'art. 767 ZPO et admis par la doctrine (LANG, *Diss.*, p. 3 ; WEIGELIN, « *Aufrechnung* », p. 129) ; PLANCK (*Kommentar*, § 388), etc.

(4) V. RG in JW, 1903, p. 124.

(5) Si la partie adverse est absente, l'art. 130 BGB décide que la déclaration ne deviendra opérante qu'au moment où elle sera parvenue à son destinataire.

de compensation est irrévocable (irrétractable), ce qui n'est d'ailleurs qu'une conséquence de l'idée que cette déclaration provoque déjà l'extinction des créances par elle-même. Donc, le retrait unilatéral d'une pareille déclaration ne pourrait plus faire revivre les créances respectives. Si un pareil retrait est pourtant déclaré et accepté par l'autre partie, il y aurait véritablement là un contrat pour écarter les conséquences de la déclaration de compensation. Ce contrat aurait de l'importance pour les parties principales, mais il n'entraînerait pas la résurrection des droits accessoires des créances en cause (par exemple, cautions ou gages) que si l'on obtient à nouveau le consentement des obligés ⁽¹⁾.

15. Nous en arrivons maintenant à la limitation contenue dans l'art. 388 et concernant toujours la déclaration de compensation, limitation dont l'examen nous entraînera à l'étude d'une question très intéressante autant au point de vue théorique que par ses applications pratiques. Voici d'abord le texte intégral de l'article 388 : « *La compensation s'accomplit par voie de déclaration envers l'autre partie. La déclaration est inefficace si elle est émise sous une condition ou sous apposition d'un terme* » ⁽²⁾. C'est cette dernière phrase qui nous a fait dire — en utilisant une expression empruntée au droit romain où elle visait l'« *acceptilatio* », l'« *emancipatio* » ⁽³⁾, etc... — que la déclaration de compensation serait un « *actus legitimus* » ⁽⁴⁾.

Les raisons qui ont poussé le législateur à faire inscrire dans la loi une pareille limitation, sont compréhensibles et parfaitement justifiées : *la partie adverse à la compensation* (Aufrechnungsgegner) *ne saurait être entraînée dans le*

(1) ECCIUS (*GruchotsB*, Bd. 42, p. 37). V. aussi : WEISSMANN (*ZZPr*, Bd. 26, p. 27).

(2) La dernière phrase de cet article ne vise pas — comme on l'a dit quelquefois — la compensation *avec ou contre* des créances soumises elles-mêmes à des conditions ou termes : la mesure dans laquelle la compensation deviendrait impossible en pareils cas résulte déjà du texte de principe de l'art. 387 (V. PLANCK, *op. cit.*, p. 388).

(3) C. 77 D. de reg. civ. 50, 17.

(4) Et c'est dans le même sens qu'on l'appelle aussi dans la Doctrine « *bedingungsfeindliches Rechtsgeschäft* ».

danger et l'insécurité d'une opération problématique qui serait alors moins qu'un désintéressement. Les Motifs expliquent la limitation dont il est question en disant que « De même que le créancier pourrait refuser un paiement fait sous condition ou à terme, il doit avoir le même droit à l'égard d'une déclaration de compensation analogue, car établir sur ce point un régime plus favorable pour cette dernière ne serait justifié ni par le but de cette institution juridique, ni par une autre nécessité pratique ». D'ailleurs — pourrait-on ajouter — cette impossibilité d'ajouter un terme ou condition à une déclaration de compensation, représente, en réalité, un principe plus large, qui doit viser non seulement la déclaration mentionnée, mais plutôt tous les actes juridiques unilatéraux (c'est-à-dire ceux qui produisent des effets par voie unilatérale). Car celui qui peut intervenir unilatéralement dans la vie privée d'autrui — de quelque manière que ce soit (en confirmant, en modifiant, en supprimant des rapports juridiques) — ne doit pas pouvoir compliquer son intervention par l'adjonction des modalités. Et, effectivement, le BGB décide très souvent ceci, quand il parle d'une déclaration unilatérale ⁽²⁾. La Doctrine d'ailleurs est dans le même sens : « Il serait inadmissible, lorsqu'on a la faculté d'imposer à quelqu'un un rapport juridique susceptible de modifier un droit lui appartenant, que l'on pût, en soumettant cet effet à une modalité quelconque, obliger le tiers qui le subit à se soumettre aux lenteurs et incertitudes qui peuvent en provenir » ⁽³⁾.

Donc, une déclaration de compensation, soumise à une modalité, serait inopérante « *ipso facto* » et sans que le créancier ait besoin d'y faire opposition. Car, s'il est dépourvu de défense contre l'empiètement représenté par une déclaration régulière, le créancier peut, en revanche, exiger que la situation juridique soit définitivement réglée et tirée au clair ⁽⁴⁾.

(1) Bd. 2, p. 110.

(2) V. les art. 1317, 1598, 1947, 2202, etc. BGB.

(3) KOHLER (ZZPr., Bd. 24, p. 22) et « *Lehrbuch* », II, p. 215. V. aussi LEONHARD (*Allgemeines Schuldrecht*, p. 265).

(4) MARTINIUS (*Archiv f. d. Recht*, Bd. 26, p. 279) remarque avec STÖLZEL que le danger auquel a voulu parer la disposition de l'art. 388 BGB serait en réalité moins grand qu'on le pensait — car en face d'une

Pourtant on pourrait penser peut-être, qu'une déclaration de compensation donnée à terme, ou sous condition, n'aurait pas de trop graves inconvénients si le créancier possédait, en même temps, le droit d'y faire opposition toutes les fois que ses intérêts en seraient trop menacés ⁽¹⁾. Mais cette solution serait en réalité insuffisante, car le danger auquel serait exposé le créancier subsisterait — surtout au cas où celui-ci négligerait à faire usage de son droit d'opposition, dont l'utilité pourrait d'ailleurs lui être inconnue.

Mais ces considérations ne doivent pas nous entraîner dans une interprétation trop rigoureuse de la norme de l'article 388. Il est évident que cette disposition n'est établie que pour sauvegarder les intérêts éventuels du créancier (partie adverse à la compensation) et qu'elle *n'a point le caractère de règle d'ordre public*. Rien donc n'empêcherait en principe son bénéficiaire (c'est-à-dire le créancier) à donner son assentiment ⁽²⁾ — à l'avance ou après coup — à une déclaration conditionnelle. *Seulement il y aura alors un contrat sur une compensation conditionnelle et donc plus de compensation unilatérale.*

SECTION III

LA COMPENSATION EVENTUELLE (EVENTUALAUFRECHNUNG)

§ 1. Position de la question et son importance pratique

16. L'accomplissement de la compensation par déclaration unilatérale, ainsi que la défense faite par l'article 388 d'émettre une pareille déclaration sous condition ou à terme, nous entraîne tout naturellement à l'étude d'un pro-

déclaration de compensation conditionnelle ou à terme, l'autre partie — s'il en résulte pour elle des inconvénients — pourrait compenser, elle, de son côté et de façon définitive cette fois, vu que le droit de compensation appartient aux deux parties en présence.

(1) Et effectivement, on a fait une proposition en ce sens à la seconde commission, mais elle fut rejetée par la majorité (Prot. à l'art. 282).

(2) Sans doute, le simple silence de sa part ne signifierait pas encore son consentement (art. 151 BGB).

blème qui a suscité énormément de controverses, portant non pas tant sur l'admissibilité de l'institution juridique, dont il va être question en elle-même, que sur les moyens propres à la faire valider, ou sur le traitement judiciaire (procédural) auquel il conviendrait de la soumettre. Nous voulons parler de ce qu'on est convenu d'appeler du nom si connu de « *compensation éventuelle* » (ou subsidiaire) — problème qui doit surtout son ampleur aux études admirables que lui a consacrées Stölzel. En effet, il est impossible de ne pas mentionner le nom de ce grand juriste, quand on aborde — tant soit peu — l'examen de cette question, surtout dans ses conséquences procédurales — bien que les solutions qu'il a indiquées sur ce dernier point, n'aient pas toujours été suivies par l'opinion dominante en Doctrine ou en Jurisprudence.

Mais, puisque dans ce travail nous nous cantonnons autant que possible dans le domaine du droit matériel, nous laisserons de côté l'étude de ces conséquences procédurales de la compensation éventuelle, bien qu'on doive reconnaître que, si ce genre de compensation peut, en principe, se présenter aussi bien en dehors qu'à l'intérieur d'un procès, c'est au cours de ce dernier qu'il atteint à sa véritable importance, surtout par les intérêts pratiques qu'il met en jeu.

C'est plutôt sur l'essence même de la compensation éventuelle, ainsi que sur les arguments capables de faire valider cette institution juridique, que porteront surtout nos développements.

17. On l'a déjà indiqué, la compensation éventuelle se lie à la norme restrictive de la dernière phrase de l'article 388, et tout le problème est de savoir si ce genre de compensation en est réellement frappé. La réponse exacte sera facile à trouver, si l'on a présente à l'esprit la « *ratio legis* » et le but que se proposait d'atteindre le législateur, en édictant ladite disposition. *Grosso modo* — et sous réserve de ce qu'on va dire plus bas — la compensation éventuelle signifie la déclaration de la compensation, rendue expressément dépendante ou subordonnée à l'existence réelle d'une créance

adverse (1). — Y a-t-il une véritable déclaration conditionnelle frappée par conséquent par l'article 388 ? Tout le problème est là, et si l'on consulte la Doctrine et la Jurisprudence, on peut constater que, sur ce point essentiel, la réponse est presque unanimement négative. En revanche, l'accord est beaucoup moins complet, quand il s'agit de donner un fondement à cette réponse. Il convient de remarquer tout d'abord, que le problème de la compensation éventuelle se pose en BGB, en des termes différents de ceux du droit commun, où la question était en réalité laissée au second plan. On sait en effet que, dans le droit antérieur, l'opinion dominante admit longtemps que la compensation était judiciaire, c'est-à-dire qu'elle était accomplie au cours d'un procès et par le juge, auquel les parties présentaient ce moyen de défense sous forme d'« exception ». *Nul doute que dans ce système, on avait la possibilité d'utiliser cette exception en ne l'opposant que de manière éventuelle.*

Or, aujourd'hui, la situation est changée du fait, que dans le nouveau système de compensation, celle-ci ne constitue plus une « exception » au sens technique du mot, et que son accomplissement a lieu d'ordinaire en dehors de toute poursuite. Ainsi, ce qui paraissait tout naturel avant, est devenu moins évident aujourd'hui, sous les nouveaux principes de la matière et, en particulier, en présence de la règle restrictive de l'article 388.

Il est vrai, que même aujourd'hui, quand on parle de compensation éventuelle, on pense plutôt à celle qui intervient au cours d'un procès, où elle répond d'ailleurs à de pressantes nécessités pratiques. Et on a même affirmé, que « la possibilité d'une pareille compensation en dehors d'un procès n'apporterait aucune utilité véritable aux parties, et qu'elle ne ferait que mettre le germe d'un procès futur qui — faute d'accord intervenant en temps utile — devien-

(1) On doit remarquer que l'existence de la compensation éventuelle en droit allemand est due surtout au fait que le BGB n'exige plus la liquidité comme condition indispensable à la compensation. On sait par contre que dans le droit français, la liquidité est une condition matérielle de la compensation.

draît inévitable ⁽¹⁾. Pourtant il ne semble pas que le problème soit bien posé ainsi, car pour ceux qui — comme nous — pensent que la possibilité de compenser de manière éventuelle, ne constitue aucune faveur spéciale pour la déclaration de compensation intervenant au cours d'un procès, mais que son admissibilité résulte plutôt du fait qu'elle ne représente, en réalité, aucune compensation conditionnelle, au sens de celle que la norme de l'article 388 veut frapper — il n'y a pas de raison à limiter strictement la compensation éventuelle entre les cadres du procès. Et en effet l'opinion dominante paraît aujourd'hui d'accord sur ce point de principe : qu'aussi bien dans un procès qu'en dehors de lui, la dernière phrase de l'article 388 ne s'oppose pas à l'admissibilité d'une compensation déclarée et subordonnée, de manière expresse, à l'existence réelle de la créance principale (*adverse*) ⁽²⁾.

18. La compensation éventuelle extra-judiciaire pourrait se présenter sous un double aspect :

1° Le débiteur déclare vouloir compenser, pour le cas uniquement où sa dette existerait réellement ; ou

2° Le débiteur déclare la compensation, pour le cas uniquement où la créance adverse (sa dette) ne serait pas déjà paralysée par une ou plusieurs exceptions.

Au cours d'un procès, l'aspect de la compensation éventuelle pourrait être analogue à celui qu'on vient d'indiquer. Ainsi :

1° Le défendeur, tout en contestant la créance qui forme l'objet de la plainte (*Klage*), déclare qu'il ne veut se servir de la compensation qu'au cas où l'existence de la dite créance serait reconnue par le juge ; ou

2° Le défendeur soutient, qu'une ou plusieurs exceptions paralyseraient la créance qui forme l'objet de la plainte, mais qu'il déclare, toutefois, vouloir se servir de la compensation pour le cas où ces exceptions, soulevées concu-

(1) HOLLAENDER (ZZPr., Bd. 48, p. 377):

(2) SIBER (*op. cit.*, p. 118), GIERKE (*op. cit.*, p. 171), KIPP (*op. cit.*, p. 480), HECK (*op. cit.*, p. 186), etc.

remment avec la compensation, s'avéreraient inexistantes à l'examen du juge ⁽¹⁾.

Telles sont les variantes pratiquement utiles de compensation éventuelle ⁽²⁾ et il n'est pas difficile de s'apercevoir des nécessités pratiques réelles, auxquelles cette forme de compensation est à même de répondre.

19. En effet, comme on l'a fait remarquer à maintes reprises — la compensation représente une faveur pour le débiteur — faveur qui lui permet de se libérer de sa dette autrement que par exécution réelle. Seulement, pour jouir de cette faculté, le débiteur devra renoncer, en échange, à un élément actif de son patrimoine : sa contre-créance. Il paraît donc évident que la compensation signifie pour lui — à côté d'une libération de dette — un sacrifice concomittent de sa contre-créance. D'autre part, une déclaration de compensation sans réserve, de la part du débiteur — défendeur dans une instance — aurait la signification d'un abandon de la lutte contre la plainte, dont il reconnaîtrait ainsi, en quelque sorte, le bien-fondé. Or, *si le débiteur a des doutes quant à l'existence réelle de la créance poursuivie contre lui, ou si encore il possède d'autres moyens de défense contre elle — on comprend bien qu'il retardera la compensation, tant qu'il pourra se libérer de sa dette par une autre voie qui lui ferait éviter — le cas échéant — de payer à tort ou par erreur.* Ce n'est que si la condamnation menaçait le défendeur, soit parce que le juge a trouvé la plainte fondée en droit, soit parce que les moyens mis en avant n'ont pas été capables de la faire rejeter, que le défendeur devra sacrifier sa contre-créance par compensation, qui représente, comme on vient de le dire, une extinction de dette par auto-sacrifice. C'est pour cette raison qu'on pourrait affirmer, qu'au cas où la compensation est présentée au cours d'un procès, elle sera presque toujours conçue dans la forme éventuelle. C'est comme si le défen-

(1) LANG (*op. cit.*, p. 44), auquel nous empruntons cette classification, fait encore dédoubler chacune des deux hypothèses judiciaires, portant ainsi leur nombre à quatre.

(2) V. cependant : LANG (*op. cit.*, p. 43), WEIGELIN (*op. cit.*, p. 135), etc., qui parlent encore d'une « Vorbehaltszahlung » dans ce domaine.

deur disait : « *je conteste la créance adverse (poursuivie), mais pour le cas éventuel où elle serait reconnue fondée, et que mes autres moyens de la rendre inopérante ne suffiront pas, je dépose sa valeur, c'est-à-dire je compense* » ⁽¹⁾.

Telles sont les considérations pratiques, capables de justifier — à elles seules — l'admission de la compensation éventuelle, et c'est en raison de leur importance que l'on a pu dire que « la compensation éventuelle devrait être admise, même si l'on voyait en elle une condition véritable » ⁽²⁾.

En réalité, la tâche de valider ce genre de compensation est beaucoup plus facile, pour la raison que l'éventualité dont il s'agit n'est justement pas une véritable condition, comme nous allons le voir un peu plus bas.

20. Pour l'instant, précisons encore davantage la signification exacte d'une déclaration de compensation éventuelle, intervenue au cours d'un procès. On a bien vu que dans les deux formules mentionnées, cette déclaration annonce que le débiteur défendeur ne désire pas invoquer la compensation, qu'au cas seul où les deux éventualités expressément énoncées par lui, viendraient à être constatées par le juge. *Donc la compensation n'est pas actuellement accomplie, elle ne le sera que plus tard, le cas échéant.* C'est ici qu'il importe de faire avec soin la distinction entre cette hypothèse — qui provoque encore des discussions — et une autre, dont la possibilité apparaît évidente. Il se peut, en effet, que le défendeur choisisse une autre voie dans sa lutte contre la plainte : il pourrait invoquer, dans la même forme éventuelle dont il s'agit, le moyen (*Einwand*) tiré d'une compensation qu'il aurait déjà accomplie (« *compensatio jam facta* »), soit en dehors du procès, soit dans le procès même. Il serait ainsi, quand le défendeur contesterait, en premier lieu, l'existence de la créance poursuivie, ou lui opposerait des exceptions — et en second lieu, soutiendrait qu'il a déjà éteint cette créance par une com-

(1) KÖHLER (ZZPr. Bd. 29, p. 30).

(2) LEONHARD (« *Aufrechnung* », pp. 144 et *Archiv. f. b. Recht*, Bd. 21, p. 174).

pensation antérieure. Qu'une pareille défense soit admissible, il paraît indubitable, de même que le débiteur pourrait d'abord se défendre, en contestant la naissance de la créance adverse, puis en déclarant qu'elle a été payée. Cette allégation (*Vorbringen*) éventuelle d'une compensation déjà accomplie, paraît donc absolument possible car elle l'est également pour les autres allégations du défendeur. Il est vrai que pratiquement pareille attitude de la part de ce dernier sera très rare, car elle est pleine de contradiction : en effet, pourquoi contester encore une dette, après avoir antérieurement compensé contre elle ?

Quoi qu'il en soit, ce qu'il importe de bien remarquer, c'est que cette dernière hypothèse n'a rien de commun avec une véritable compensation éventuelle, puisque ce n'est pas la compensation elle-même qui est déclarée de manière éventuelle, mais ce n'est que l'« *Einwand* » qui en est résulté, qui est présenté de cette façon.

Après cette délimitation du domaine de la compensation éventuelle, arrêtons-nous maintenant aux considérations d'ordre théorique qui plaident en faveur de son admissibilité.

§ 2. Moyens de valider la compensation éventuelle

21. On sait que *toute la question est de savoir si pareil genre de déclaration est ou non incompatible avec la norme restrictive de l'art. 388*. Cette dernière disposition conçue en des termes très généraux devrait s'appliquer en principe aussi bien à la compensation déclarée en dehors d'un procès qu'à celle accomplie au cours d'une instance. Pourtant il y a des signes certains que le législateur n'a pas voulu donner à sa norme un sens trop absolu et qu'il a entrevu probablement lui-même la possibilité de compenser de façon éventuelle — du moins dans un procès. Pour cela on n'a qu'à se référer à un passage des Motifs ⁽¹⁾ qui déclare clairement à propos de la norme de l'art. 388 : « Il ne faut pas confondre avec une compensation conditionnelle ou à terme — le cas où le débiteur — dans un procès — combat d'abord

(1) Bd. 2, p. 108.

la prétention adverse par d'autres moyens et n'invoque la compensation qu'éventuellement. En pareil cas, il y a en réalité une déclaration sans terme et sans condition, mais qui tombera — faute d'élément essentiel — au cas où le juge déclarera la prétention poursuivie irrecevable pour d'autres raisons. »

On voit que ce passage est extrêmement explicite et qu'il vise directement la compensation éventuelle. Le seul reproche à lui faire, c'est qu'il semble limiter ce genre de compensation entre les cadres d'un procès, ce qui paraît illogique du moment qu'il n'y a pas là aucune déclaration à terme ou sous condition. Sans doute, a-t-on pensé à l'hypothèse judiciaire de compensation éventuelle pour la raison que c'est elle qui représente surtout d'appréciables avantages pratiques.

Même en dehors du passage des Motifs, il y a encore un autre texte — légal cette fois-ci — qui semble se référer lui aussi à la compensation éventuelle. C'est l'art. 209-3° BGB qui a trait aux moyens capables d'interrompre le cours de la prescription. Après avoir déclaré à ce sujet que « la prescription est interrompue si l'ayant-droit introduit une demande... » le dit article continue :

« Est assimilée à l'introduction de la demande (*Erhebung der Klage*) : 3° l'invocation (*Geltendmachung*) de la compensation relativement à la prétention (*Anspruch*) au cours d'un procès. »

On voit donc que le législateur attribue à l'invocation de la compensation la vertu interruptive de prescription que possède l'accomplissement d'un acte d'exécution en justice ⁽¹⁾. Reste à savoir ce que la loi a voulu entendre par la formule qu'elle emploie : « l'invocation de la compensation. » Se réfère-t-elle tout simplement au cas où le défendeur invoquerait d'une manière éventuelle ⁽²⁾ le moyen (*Einwand*) tiré d'une compensation déjà accomplie ⁽³⁾ — ou

(1) V. aussi l'art. 215 BGB.

(2) Éventuelle dans le sens que l'« *Einwand* » tiré de la compensation accomplie ne devrait être utilisé que pour le cas où les autres moyens invoqués s'avèreraient insuffisants.

(3) FÖRTSCH (*Gruchots B*, Bd. 42, p. 230) qui est l'un des très rares auteurs qui nient l'admissibilité d'une véritable compensation éventuelle

a-t-elle voulu plutôt viser par là l'hypothèse ou le défendeur invoque de façon éventuelle la compensation elle-même

On a fait remarquer ⁽¹⁾ à juste titre que la disposition citée ne peut avoir un sens et de l'importance que si elle vise la seconde hypothèse (qui constitue seule d'ailleurs la véritable compensation éventuelle) et ceci pour la raison suivante : la compensation accomplie purement et simplement (ce qui correspond à notre première hypothèse) *ne saurait avoir seulement la vertu d'interrompre la prescription, puisqu'elle rend impossible toute idée de prescription même, en éteignant définitivement les créances en cause*. En d'autres termes, *la compensation invoquée en justice et reconnue par l'art. 209 comme moyen d'interrompre la prescription ne peut être comprise que comme compensation éventuelle, car autrement la compensation pure et simple détruit les prétentions mêmes, ne laissant donc plus de place pour une prescription* ⁽²⁾.

22. Pour légitimer la compensation éventuelle il ne paraît pas cependant indispensable de faire appel aux arguments de texte, cités plus haut, puisqu'il suffit de se référer à la « ratio legis » de l'art. 388. Et, en effet, nous allons voir que le genre de compensation dont il s'agit ne paraît pas devoir être frappé par la restriction qu'édicte cette dernière disposition.

Arrêtons-nous d'abord à la première formule de compensation éventuelle : celle où la compensation est déclarée — soit au cours d'un procès, soit en dehors de lui — sous la condition que la créance adverse existe réellement.

On a quelquefois dit qu'il y aurait dans cette formule une véritable réserve, analogue à un paiement fait sous réserve et de cette analogie on a voulu tirer la conclusion que : comme un créancier ne serait pas obligé d'accepter un paiement fait sous la contestation de la créance (que l'on paye), il en

— estime que la disposition de l'art. 209, 3° BGB se réfère à cette première hypothèse (citée plus haut), qui n'a en réalité rien à faire avec la véritable compensation éventuelle.

(1) PLANCK (*op. cit.*, § 388), WEISSMANN (*op. cit.*, p. 24), etc.

(2) Cf. SIBER (*op. cit.*, p. 118), LANG (*op. cit.*, p. 64), SCHOLLMAYER (*op. cit.*, § 388), STAUDINGER (*op. cit.*, § 388), HELLWIG (*op. cit.*, p. 244), GRABNER (ZZPr. Bd. 48, p. 559) et même RGZ Bd. 79, p. 27.

devrait être de même pour une compensation déclarée sous une restriction analogue ⁽¹⁾.

Mais cette opinion, qui veut faire découler l'inadmissibilité d'une compensation éventuelle de l'analogie avec un paiement accompli sous réserve, est sûrement dépourvue de fondement, car une grande différence subsiste entre ces deux institutions juridiques, et celui qui se livre à des conclusions tirées par voie d'analogie, risque d'aboutir à des résultats inexacts. Plutôt que de procéder par analogie, il vaudrait mieux examiner de plus près la nature et la véritable signification de la soi-disant condition qui affecte cette première formule de compensation éventuelle. Pour cela nous renvoyons au chapitre où nous montrons longuement que *l'existence d'une créance passive* (Passivforderung) est un élément essentiel à l'accomplissement de la compensation et que, sans cet élément, la déclaration du compensant ne saurait produire aucun effet extinctif, même quant à sa propre créance ; le compensant ne sera ainsi réduit à une simple « *condicio indebiti* » pour avoir payé injustement, mais il conservera son ancienne créance ⁽²⁾.

Après avoir rappelé ce principe, on se rend facilement compte qu'une déclaration de compensation, conçue dans la forme que l'effet extinctif ne doive se produire que si la créance adverse existe réellement ou si elle est reconnue par le juge — ne contient nullement une véritable condition, au sens surtout de l'article 388, mais qu'elle ne fait que ressortir un élément essentiel, une condition légale de la compensation elle-même. Il s'agit donc d'une simple « *condicio juris* », c'est-à-dire d'une circonstance à l'existence de laquelle est liée, de par la loi même, l'efficacité d'un certain acte juridique et dont l'adjonction est sans portée en droit, pour les effets de l'opération respective ⁽³⁾ ⁽⁴⁾.

Aussi, l'art. 388 ne peut trouver ici aucune application, puisque la « *ratio legis* » qui est à sa base ne la justifierait

(1) Pour ce raisonnement, voir surtout FÖRTSCH (*op. cit.*, p. 232).

(2) V. *infra*, p.

(3) P. ex. l'acceptation d'une succession sous la condition que le *de cuius* soit mort.

(4) V. aussi : WEISSMANN (*op. cit.*, p. 20), WEIGELIN (*op. cit.*, p. 135), KRUCKMANN (ZZPr. Bd. 34, p. 355).

pas. On sait, en effet, que la disposition légale citée veut empêcher qu'on rende dépendant le résultat d'une compensation de quelque événement futur et incertain — car ceci rendrait difficile la situation de la partie adverse et mettrait de l'obscurité dans les rapports juridiques par le simple caprice du compensant. Or rien de tout cela en notre hypothèse, où le compensant ne fait que rendre expresse une condition qui découle déjà de la nature même de la compensation et qu'en outre il ne s'agit pas ici d'un événement futur et incertain, tel que le suppose une véritable condition, puisque l'existence ou l'inexistence de la créance adverse est un fait qui existe dès à présent, bien qu'il reste encore à être reconnu. « Une répétition des conditions essentielles ne peut pas créer d'inconvénients : autrement, même le genre de déclaration « je compense si je ne suis pas fou » devrait être considéré comme inopérant » dit spirituellement Siber ⁽¹⁾.

23. De tout ce que nous venons de dire, il résulte que la première formule de compensation éventuelle peut être validée, en raison de la considérations qu'elle ne contient que la réitération expresse d'une « *condicio juris* ». Il est vrai qu'on a soutenu — mais sans doute à tort — que si une « *condicio juris* » est érigée de façon expresse au rang de condition, elles acquerrait de par ce simple fait le caractère d'une véritable condition (« *jede ausdrückliche Voraussetzung ist Bedingung* ») ⁽²⁾. Si cette affirmation était exacte, l'existence de la compensation éventuelle serait réellement périclitée — mais comment pourrait-on admettre qu'une circonstance à laquelle est liée, de par la loi même, l'efficacité d'une certaine opération juridique pourrait perdre ce caractère par la volonté — unilatérale en notre cas — des parties ?

Une condition légale doit avoir toujours ce caractère et elle fera toujours partie de la catégorie des soi-disant « conditions improprement dites » pour les séparer des conditions véritables, dont l'adjonction est quelquefois interdite

(1) *Op. cit.*, p. 119.

(2) MARTINIUS (*op. cit.*, p. 284).

par la loi. Il est vrai que dans le droit commun on admettait en principe, paraît-il ⁽¹⁾, que même l'adjonction d'une condition improprement dite rendait nulle l'opération juridique désignée comme « *actus legitimus* ». Et on a soutenu que la situation ne serait pas changée à ce sujet dans le nouveau Code civil : « Même si les articles 158-160 BGB -- a-t-on dit en effet -- ne se réfèrent pas en parlant de « condition » qu'aux soi-disant conditions véritables, c'est-à-dire à celles qui rendent un effet dépendant de l'arrivée ou de la défaillance d'un événement futur, il ne faut cependant pas oublier que là où le BGB déclare les déclarations de volonté sous condition pour inefficaces, la notion de condition doit être prise dans son sens large, englobant donc les conditions qui portent sur le présent ou sur le passé » ⁽²⁾. Le même auteur ajoute plus loin : « D'ailleurs, même en dehors du BGB, quand le législateur parle de condition, il pense au sens large de ce mot » ⁽³⁾.

Mais ces affirmations semblent sujettes à caution pour la raison suivante : *c'est qu'il paraît inexact d'assimiler et de faire entrer dans une seule catégorie, tous les actes que la loi a voulu soustraire à une adjonction de terme ou de condition, car les considérations qui ont pu déterminer le législateur à attribuer à ces actes le caractère d'« actus legitimus » ne sont ni les mêmes, ni de même nature dans tous ces cas.* Ceci sera démontré sans peine. On sait en effet que la disposition de l'article 388 n'a eu en vue que la préservation d'intérêts privés et strictement limités : ceux de la partie adverse à la compensation (*Aufrechnungsgegner*). Or prenons — comme second terme de comparaison — un autre article parmi ceux cités par l'auteur dont il est question : par exemple l'article 1947 BGB, qui s'occupe de l'acceptation d'une succession (« L'acceptation ou la répudiation d'une succession ne peuvent avoir lieu sous condition ou à terme »). La différence apparaît sensible si l'on compare cette dernière disposition à celle de l'article 388, car à la différence de celle-ci, *il s'agit en matière de succes-*

(1) V. WINDSCHEID (*op. cit.*, I, p. 426).

(2) MARTINIUS (*op. cit.*, p. 297). L'auteur renvoie aux art. 925, al. 2, 1317, al. 2, 1598, al. 2, 1947, etc., BGB.

(3) L'auteur renvoie à l'art. 916, al. 2 ZPO.

sion d'une restriction destinée à préserver l'intérêt général représenté par la masse des créanciers successoraux, qui subiraient autrement de gros inconvénients. C'est cette raison qui fait que, tandis que la disposition de l'article 388 pourrait être écartée par l'assentiment donné à une déclaration conditionnelle de compensation par la partie adverse, il n'en serait pas de même pour l'article 1947, dont le caractère impératif ne saurait être éludé par une convention contraire ⁽¹⁾.

La conclusion qui résulte de ces brèves considérations, c'est qu'il vaut mieux se garder de traiter avec la même mesure, tous les cas où la loi interdit l'adjonction d'une condition ou d'un terme.

Mieux vaut s'en tenir — quant à la compensation éventuelle — à l'opinion qui ne voit dans la condition attachée à ce genre de compensation, que la signification d'une « *condicio juris* ». Mais si cette opinion peut être acceptée par tous ceux — la grosse majorité — qui estiment que l'existence d'une créance passive est un élément essentiel à l'accomplissement de la compensation, il ne faut tout de même pas oublier que cette dernière conception n'est pas unanimement admise et qu'on pense parfois qu'un acte de compensation ne serait pas conditionné par l'existence de la dite créance ⁽²⁾.

Sans doute, pour tous ceux qui partagent cette dernière opinion, il ne peut être question de valider la compensation éventuelle par l'argument de la « *condicio juris* ». Pourtant, comme les besoins auxquels répond cette institution sont nombreux, et pressants, on a essayé de la justifier par d'autres moyens, au moins pour le cas où elle intervient au cours d'un procès, où son utilité apparaît indéniable. Nous indiquerons ici quelques-uns de ces moyens, bien qu'ils soient restés en général sans écho dans la Doctrine.

24. Commençons par l'opinion qui veut faire découler l'admissibilité de la compensation éventuelle des particularités de la procédure judiciaire. Dans ce sens, on déclare

(1) ENNECERUS (*op. cit.*, V, p. 174) n'admet même pas l'adjonction d'une « *condicio juris* » en ce cas.

(2) V. *infra*, p.

que, si en dehors d'une instance, la déclaration de compensation donnée sous condition est nulle, quelque soit le sens de la condition, il y aurait cependant une exception à cette règle, pour la compensation intervenant au cours d'un procès ⁽¹⁾. Et pour donner une base juridique à cette exception, on se rapporte soit aux articles 309, 3^o, 215 BGB, soit à plusieurs dispositions du code de procédure civile (145, 302, 322 ZPO).

25. Plus intéressante apparaît la théorie que propose Léonhard ⁽²⁾ à ce sujet. On sait que cet auteur est aussi du nombre de ceux qui ne partagent pas l'idée suivant laquelle l'existence réelle d'une créance passive serait une condition essentielle à l'accomplissement de la compensation. Cependant il aboutit — lui aussi — à valider la compensation éventuelle par un raisonnement dont voici l'essentiel : Quand la loi interdit d'ajouter condition ou terme à une déclaration de compensation — dit-il en substance — cette disposition n'est qu'un aspect particulier d'un principe plus général, à savoir que toutes les décisions unilatérales doivent être données sans aucune modalité. Mais ce principe, si général et si justifié qu'il soit, ne peut et ne doit pas être absolu : une exception devient légitime (et dont l'adjonction d'une condition permise) toutes les fois que le déclarant se trouve dans une situation juridique de nécessité ou de contrainte (*rechtliche Zwangslage*) de telle nature qu'il ne pourrait pas, sans trop d'inconvénients pour lui, se décider immédiatement et sans condition et que, d'autre part, il ne pourrait pas non plus attendre avec sa déclaration. Obligé donc qu'il est, de se déclarer sur le champ, on devra lui permettre de pouvoir le faire sous condition. Or, dans une telle situation — poursuit l'auteur cité — se trouve le défendeur dans une instance, quand il conteste la créance poursuivie, et quand il possède en même temps une contre-créance compensable. Il ne saurait déclarer la compensation tout simplement, car il cesserait par là-même, la lutte contre la plainte. D'autre part, il ne peut

(1) V. en ce sens : HELLWIG *op. cit.*, p. 243), WACH (*op. cit.*, p. 14), WEISSMANN (*op. cit.*, p. 1). KÖHLER (ZZPr. Bd. 24, p. 20), etc.

(2) *Allgemeines Schuldrecht*, p. 620.

pas non plus attendre avec sa déclaration de compensation, jusqu'à ce qu'une décision soit intervenue sur la créance, objet de la demande. Si bien que, conclut Léonhard, « la compensation sous condition devrait être admise ici en raison de l'état de nécessité du compensant et des principes qui sont partout valables en pareils cas ».

Cette théorie de la « *Zwangslage* » ⁽¹⁾, sans doute logique et qui tient compte des considérations pratiques — *manque cependant de base juridique, car elle ne peut être appuyée sur aucun texte légal, ni sur aucun principe dominant l'institution de la compensation*. D'ailleurs sa formule est beaucoup trop générale et elle ne saurait expliquer le point central qui constitue le sens même de la compensation éventuelle. En effet, puisqu'on admet qu'une personne qui doit émettre une décision unilatérale pourrait le faire sous condition, toutes les fois qu'elle se trouverait dans un réel état de nécessité, alors on comprend parfaitement que le défendeur puisse, dans un procès, compenser sous condition, mais on ne voit du tout pourquoi cette condition concernerait justement l'existence de la créance adverse (ce qui constitue l'essence même de la compensation éventuelle). Le désavantage de la formule de Léonhard est celui de toutes les formules trop générales.

26. Beaucoup plus subtile et non moins intéressante semble l'analyse et l'explication que propose Thon ⁽²⁾ sur cet acte de compensation éventuelle, que tout le monde semble admettre, mais que chacun veut justifier à sa manière.

Cette nouvelle théorie tient en peu de mots : L'auteur commence par passer en revue les différents systèmes proposés pour valider la déclaration de compensation éventuelle, mais il aboutit à la conclusion que ces systèmes apparaissent tous insuffisants puisque — strictement parlant, dit-il — la disposition de l'art. 388 devrait interdire toute déclaration de compensation donnée sous une condition,

(1) COSAOK (*Lehrbuch*, p. 471), semble partager — lui aussi, l'idée selon laquelle le débiteur se trouverait — lors de la compensation éventuelle — dans un état de nécessité, puisque cet auteur appelle ce genre de compensation « *Notaufrechnung* ».

(2) *Iherings I*, Bd. 60, p. 365.

quelque soit la nature de celle-ci et quelque soit le domaine où elle intervient, car le texte en cause ne fait aucune distinction à ce sujet. Mais comme Thon, lui aussi, n'ignore pas les avantages pratiques que présente, surtout dans un procès, un pareil genre de compensation, il essaye de lui trouver une autre base théorique, *qui ne saurait être autre, selon lui, que celle de prouver qu'il ne s'agit en l'occurrence d'aucune sorte de déclaration conditionnelle de compensation*. Car Thon voit le mécanisme de la compensation éventuelle, dans la communication faite au juge par le défendeur, qu'il veut invoquer sa propre créance par voie de compensation au cas uniquement où il serait menacé par une condamnation. Donc, il n'y a — déclare l'auteur cité — aucune condition dans la déclaration de compensation elle-même, mais il y en a une au contraire dans l'autorisation (*Ermächtigung*) donnée en vue de l'émission d'une déclaration de compensation non-conditionnelle. « L'« éventuel », en cas de compensation éventuelle ne rend pas la compensation conditionnelle : ceci serait interdit aussi bien pour la compensation judiciaire que pour celle extra-judiciaire. Mais c'est plutôt la proposition transmise au juge qui contient l'autorisation conditionnelle d'utiliser pour les besoins de la sentence (*Urtheil*) la contre-créance du défendeur. C'est cette autorisation qui est liée à une condition et non pas la compensation elle-même ». Et plus loin Thon ajoute encore dans le même sens : « Ce n'est pas à la compensation elle-même, qu'est liée la condition, car il n'y a pas encore aucune compensation, ni conditionnelle, ni sans condition. La preuve en est qu'il est généralement reconnu que le défendeur pouvait retirer sa proposition jusqu'à la sentence. Ceci ne serait pas possible à l'égard d'une compensation accomplie ».

Tel est l'essentiel de cette théorie et on voit qu'elle ne manque pas de subtilité, sans être pour cela à l'abri de toute objection. Au contraire, celles-ci pourraient être nombreuses, mais nous n'en relèverons que deux. D'abord il est évident que le dit raisonnement ne saurait justifier une compensation éventuelle que dans le cadre d'un procès, ce qui paraît insuffisant — car tenir pour inopérante une déclaration extra-judiciaire faite par quelqu'un qui ne veut

compenser que si la créance adverse existe réellement — semble absurde, même si le cas se présente rarement en pratique.

En outre, on pourrait faire à la théorie de Thon la même objection qu'à celle de Léonhard : car la séparation entre l'autorisation dont parle le premier auteur et la déclaration de compensation proprement dite, n'est pas si nette qu'il semble le croire. Il est vrai que puisqu'on pense — dans cette conception — que la condition n'affecterait en réalité que ladite autorisation, celle-ci pourrait être donnée en principe sous n'importe quelle condition, car il n'y a pas pour elle de règle analogue à celle qui concerne les déclarations de compensation. Cependant, il est douteux que cette possibilité si large — mais qui découle logiquement du raisonnement de Thon — puisse être acceptée. Le serait-elle, qu'elle ne saurait expliquer l'essence même de la compensation éventuelle : pourquoi la condition sous laquelle est donnée l'autorisation à accomplir une compensation, vise-t-elle justement l'existence de la créance adverse ?

La théorie que nous venons d'examiner semble incapable de donner une réponse satisfaisante à cette question, telle que le fait celle de la « *condicio juris* » (1).

★
★★

27. Passons maintenant à l'examen — très bref — de la seconde formule de compensation éventuelle : on se souvient qu'elle se réfère à l'hypothèse où la déclaration de compensation est donnée uniquement pour le cas où aucune exception ne se trouverait à paralyser la créance adverse, ou où les exceptions opposées en premier lieu viendraient à être rejetées. La justification théorique de ce second aspect de compensation éventuelle paraît un peu plus difficile que celle du premier — bien qu'il soit lui aussi admis en principe aujourd'hui par l'opinion dominante. En tout

(1) La jurisprudence admet — et depuis longtemps — la compensation éventuelle (V. p. ex. : RGZ, Bd. 57, p. 101 (arrêt du 20 fév. 1901) : « ...Car la compensation éventuelle n'est pas frappée par l'interdiction de compenser sous condition, contenue dans l'art. 388 BGB » ; Bd. 79, p. 26 (arrêt du 16 fév. 1912) ; Bd. 97, p. 272 (arrêt du 10 déc. 1919).

cas, disons tout de suite que cette seconde hypothèse ne saurait plus être validée par la théorie de la « *condicio juris* » et ceci pour une raison bien simple : *l'inexistence d'exceptions s'opposant à la créance passive n'est pas une condition légale pour l'accomplissement de la compensation* ⁽¹⁾. Pourtant nous allons voir que même ici, dans cette seconde formule de compensation éventuelle, il ne s'agit pas d'une véritable condition, au sens surtout de la disposition restrictive de l'article 388. En effet, ce qui constitue la caractéristique essentielle d'une véritable condition (« *condicio in futurum* »), c'est la période d'incertitude qu'elle comporte (*Schwebezustand*) ⁽²⁾ : le résultat final est — aussi bien subjectivement qu'objectivement — inconnu « *pendente conditione* ». On ne le connaît pas et on ne peut même pas le connaître, puisqu'il n'existe pas encore.

Or, la situation se présente différemment en cas de déclaration de compensation donnée sous la condition qu'elle ne devienne opérante que si la créance adverse n'est paralysée par des exceptions ou si les exceptions opposées en premier lieu viendraient à se trouver rejetées. Ici il serait plutôt question de ce qu'on pourrait appeler une « *condicio in praesens vel praeteritum collata* », qui ne suppose aucune période d'incertitude proprement dite, puisque le fait qui en est le terme, existe dès à présent, bien qu'il soit inconnu aux parties. Autrement dit, *l'incertitude est simplement subjective et non point objective* comme dans le cas précédent, car le soi-disant événement futur est simplement inconnu, mais il est dès à présent connaissable.

En effet, le bien-fondé d'une exception est un fait, qui — bien qu'échappant à la connaissance de la partie compensante — existe néanmoins dès à présent et ne dépend en

(1) Cette affirmation découle « *per a contrario* » de l'art. 390 BGB dont l'interdiction de compensation avec des créances paralysées par des exceptions se réfère à la créance active et non pas à celle passive, car on n'est jamais obligé d'invoquer une exception qu'on possède contre une dette.

(2) Cf. MATHIAS (cité par NOLTE, *op. cit.*, p. 85), SIBER (*op. cit.*, p. 120), etc.

rien d'un véritable événement futur : *seule sa constatation est future* ⁽¹⁾.

Ces quelques considérations suffisent peut-être à rendre douteuse l'application des dispositions qui concernent les véritables conditions (telles par ex. que l'art. 388) aux conditions qui n'ont pas ce caractère. Car tout ce qu'on vient de dire à ce sujet, laisse paraître le manque de fondement de l'opinion qui déclare, qu'« abstraction faite de la période d'incertitude (*Schwebezustand*) les conditions « *in praesens* » sont des faits juridiques identiques et analogues aux conditions « *in futurum* », comme cela se voit quand il s'agit de questions sur la charge de la preuve » ⁽²⁾. Mais on oublie quand on fait pareille affirmation, que c'est précisément cette période d'incertitude, qui constitue — comme on l'a vu — le caractère essentiel d'une condition proprement dite.

28. Pour conclure, on peut dire que si la première formule de compensation éventuelle pouvait être validée en vertu de la théorie de la « *condicio juris* », la seconde formule pourrait l'être aussi en vertu de celle de la « *condicio in praesens vel preteritum collata* » — c'est-à-dire en somme et puisque dans les deux cas il s'agit de la catégorie des soi-disant « conditions improprement dites » — en vertu de cette idée principale et initiale, que le législateur (en édictant la norme de l'art. 388) n'a dû penser qu'aux seules conditions véritables qui comportent, seules, une période d'incertitude et qui auraient pu, de ce fait, causer à la partie adverse à la compensation de sérieux inconvénients, auxquels la disposition citée a voulu parer.

(1) JONAS (*Kommentar*, § 145) dit à propos de la compensation éventuelle : « Il ne s'agit pas là d'une véritable condition (c'est-à-dire d'un événement futur et incertain) mais simplement d'une déclaration future portant sur un état de choses déjà existant et qui — seulement — n'est pas encore reconnu. »

(2) MARTINIUS (*op. cit.*, p. 296).

SECTION IV

COMPENSATION CONTRE UNE DETTE INEXISTANTE
(AUFRECHNUNG GEGEN EINE NICHTSCHULD)

Si les interprètes avaient plus de respect pour le texte de la loi, s'ils ne lui faisaient pas violence pour y chercher ce qu'ils désirent y trouver, il y aurait bien moins de questions controversées.

LAURENT, *Pr. de dr. civil*, II, 412.

29. L'accomplissement de la compensation unilatérale suppose avec nécessité, et en premier lieu — comme d'ailleurs celui de n'importe quel autre genre ou système de compensation — l'existence réelle de deux créances valides et réciproques. Cette condition paraît tellement logique et naturelle que la question de la « compensation contre une dette inexistante » apparaît au premier abord incompréhensible et il est certain qu'elle n'aurait même pas dû se poser (1) surtout depuis les textes clairs du BGB. Néanmoins cette question a été l'objet de longues et intéressantes controverses, car si personne n'a prétendu qu'on pourrait compenser une dette au moyen d'une créance putative (autrement dit, que la créance active (2) ne soit pas indispensable à la compensation), des discussions sont nées en revanche, sur la possibilité de compenser une créance contre une dette imaginaire (3) — donc contre une créance passive inexistante, soit réellement, soit juridiquement.

30. Remarquons tout d'abord, que le droit commun ignorait presque complètement des controverses sur ce sujet

(1) Comme elle ne se pose pas en droit français.

(2) Nous adoptons à ce propos la terminologie de COSACK, qui appelle « Aktivforderung » la créance que l'on oppose en compensation et « Passivforderung », celle contre laquelle on compense. (Par contre, KÖHLER appelle la première « Gegenforderung » et la seconde « Hauptforderung »). Il est bon à remarquer que le droit français ne connaît pas de pareille distinction, car il exige que toutes les deux créances soient également liquides et exigibles.

(3) Dette inexistante est soit celle qui n'a jamais existé que dans l'imagination des parties, soit celle annulable — après la déclaration d'annulation qui opère avec effet rétroactif (art. 142 BGB) — soit enfin celle nulle d'une nullité absolue (art. 117, 118, 125, 134, 138 BGB, etc.).

— et pour cause. En effet, pour ceux (et ils étaient au début la majorité) qui étaient partisans de la compensation judiciaire (c'est-à-dire de l'idée que la compensation ne pouvait être accomplie que dans l'instance et par le juge même), le problème dont il est question n'avait pas de sens. Car le juge ayant déjà statué sur la créance passive (celle du demandeur), un nouveau débat sur ce point eût été entravé par l'exception de chose jugée ⁽¹⁾, même si le défendeur antérieur avait cru par erreur à l'existence de la dite créance.

Ce n'est que plus tard, quand l'idée d'une compensation unilatérale, extra-judiciaire, apparut admissible à certains auteurs et même à la Jurisprudence — et surtout depuis l'entrée en vigueur du BGB — que la question pouvait être tout au plus posée et débattue. Elle le fut avec des arguments intéressants et ingénieux par un certain nombre de juristes et en particulier par Leonhard.

31. La thèse soutenue par ces auteurs — par des raisonnements sur lesquels nous allons insister plus bas — est « *grosso modo* » la suivante : seule la créance active (celle du compensant) serait indispensable à la compensation. Par contre, une dette inexistante n'entraînerait pas l'invalidité de l'acte de compensation, qui provoquerait même en pareil cas l'extinction définitive de la créance de celui qui a déclaré la compensation, sous la seule réserve d'une « *condicio indebiti* » pour lui — s'il y a eu erreur de sa part (art. 812 et suiv.).

Cette opinion, on veut même l'appuyer sur certains textes légaux : on invoque par exemple l'article 357 BGB, où l'on veut voir justement une compensation contre une dette inexistante. L'article dont il est question est conçu comme suit : « *Lorsque l'une des parties s'est réservée la résiliation (Rücktritt) pour le cas que l'autre partie n'exécutât pas son engagement, la résiliation est cependant inefficace si l'autre partie pouvait, par voie de compensation, se libérer de son engagement et qu'elle déclare la compensation sans retard* ⁽²⁾ *après la résiliation* ».

(1) V. SIBER (*op. cit.*, p. 46), EISELE (*op. cit.*, p. 386).

(2) La loi emploie ici le mot « *unverzüglich* », qui signifie littéralement « sans retard » — mais qui, dans le langage conventionnel du BGB,

Or — raisonne-t-on — par la déclaration de résiliation, le contrat est considéré comme non venu et donc l'obligation de la partie déclarante est supprimée : si la loi permet encore de compenser contre elle, c'est donc que la compensation contre une dette inexistante est admissible.

Mais cette conclusion est loin d'être exacte, car il paraît d'abord douteux de vouloir trouver les traits ou les éléments essentiels d'une institution juridique en faisant appel à une disposition qui ne se trouve pas à son « *sedes materiae* » — et surtout à une disposition exceptionnelle. Car le caractère exceptionnel de l'article 357 ne fait pas de doute : il est inspiré par des considérations d'équité auxquelles nous ne nous attarderons pas, mais qui sont presque évidentes. En effet, on comprend sans peine que le législateur ait voulu venir en aide à un débiteur qui n'exécutait pas son obligation pour la raison qu'il possédait contre l'autre partie une créance susceptible d'être opposée en compensation. La déclaration de résiliation serait apparue en pareil cas comme une chicane, contre laquelle le débiteur doit pouvoir se défendre en invoquant sa possibilité de compenser — mais étant obligé toutefois de le faire sans retard — limitation qui prouve encore la figure d'exception que fait cet article ⁽¹⁾.

D'ailleurs il serait possible d'expliquer la disposition légale dont il s'agit en faisant tout simplement appel à la rétroactivité de la déclaration de compensation ⁽²⁾, car en vertu de cette fiction une compensation déclarée rétroagit jusqu'au moment où les créances se sont trouvées coexister en tant que propres à la compensation et par conséquent — en notre hypothèse — la résiliation intervenant forcément après ce moment-là, elle sera inopérante puisque les deux obligations sont censées déjà éteintes ⁽³⁾.

signifierait plus exactement « sans retard imputable à faute », ce qui peut être souvent autre chose.

(1) D'ailleurs cette disposition ne s'applique pas — non plus — en cas de retrait légal (art. 286 BGB). V. SIBER (*op. cit.*, p. 112), KIPP (WINDSCHEID) (*op. cit.*, p. 476, etc.).

(2) Prescrite par l'art. 389 BGB (V. *infra*, p.).

(3) V. aussi : PLANCK (*op. cit.*, § 367), WEIGELIN (*op. cit.*, p. 81).

32. Pour défendre la théorie adverse, on a fait également entrer en lice l'article 390 BGB, qui déclare qu'on ne saurait utiliser à la compensation une créance paralysée par une exception.

Malgré cette règle de principe, on s'accorde toutefois à dire dans la Doctrine (« *per argumentum a contrario* »), qu'elle ne concerne que la créance que le compensant oppose en compensation (la *créance active*) et que par contre elle ne vise pas celle contre laquelle on compense (la *créance passive*). Contre cette dernière créance, même si elle est paralysée par des exceptions, la compensation reste en principe possible ⁽¹⁾, car on n'est pas obligé d'invoquer les exceptions qu'on possède contre une dette ⁽²⁾.

Or, dans la possibilité de compenser contre une dette paralysée par des exceptions, Leonhard voit justement la preuve de la possibilité d'une compensation contre une dette inexistante, car entre les deux hypothèses — pense-t-il — la différence n'est guère sensible : elle consisterait seulement dans le fait qu'on pourrait renoncer aux exceptions ⁽³⁾.

Cependant, la règle de l'article 390 est loin de pouvoir offrir ce qu'on veut en tirer, car quoi qu'on en dise, la différence entre une créance inexistante et une créance paralysée par des exceptions (fussent-elles péremptoires) reste appréciable et essentielle. Car — ainsi qu'on l'a fait remarquer avec raison — le principe du droit romain, suivant lequel : « *Dessinit debitor esse is, qui nactus est exceptionem justam* » ⁽⁴⁾ — n'est plus valable aujourd'hui ⁽⁵⁾. Et, bien que le BGB n'ait donné nulle part la définition de l'exception, on peut dire toutefois qu'une créance à laquelle s'en oppose une, existe néanmoins tant que l'exception

(1) Cf. l'opinion dominante : PLANCK (*op. cit.*, § 390), OERTMANN (*op. cit.*, § 390), STAUDINGER (*Kommentar*, § 390), KIPP (*op. cit.*, p. 449), SIBER (*op. cit.*, p. 30), SCHOLLMAYER (*Kommentar*, § 390), etc.

(2) Et puis justement en invoquant la compensation contre pareille dette — on est présumé avoir renoncé aux exceptions qu'on pouvait lui opposer. Toutefois, si le compensant de bonne foi a ignoré ces exceptions, il aura un droit de répétition pour enrichissement injuste (V. QUILLITZ, *Diss.*, p. 18).

(3) LEONHARD (*Archiv f. b. Recht* Bd. 21, p. 201). V. aussi HELLWIG (*Lehrbuch*, I, § 34).

(4) *Dig.*, 50, 17, 16 ; C. 66 D. de R. J. 50, 17.

(5) V. QUILLITZ (*op. cit.*, p. 26).

n'est pas invoquée — et même après son invocation, l'exception n'anéantit pas le droit de créance en cause : elle ne fait que le paralyser, mais sans en détruire le contenu ⁽¹⁾, même s'il s'agit d'une exception péremptoire. Il est vrai qu'on a contesté ceci en disant, qu'un droit — dont l'effet serait paralysé et limité par un autre droit (celui d'exception) — ne saurait rester sans modification quant à son contenu ⁽²⁾. Mais en dehors du fait que cette opinion ne concorde pas avec les textes légaux ⁽³⁾, on pourrait lui répondre qu'il est peut-être exagéré de parler d'un droit proprement dit d'exception, car il n'y a pas de contenu proprement dit pour ce droit : ce n'est que par l'exercice que l'exception commence à être considérée dans la vie juridique.

33. Nous en arrivons maintenant au principal argument qu'on invoque en faveur de l'admissibilité d'une compensation contre une dette inexistante : *c'est l'analogie avec le paiement*. Cette dernière opération représente — comme on sait — la voie par laquelle le débiteur désintéresse son créancier en lui transférant la propriété sur certains moyens de paiement. Or — dit-on en substance — ce résultat est atteint par l'acte même de paiement, indépendamment du fait si le payant était ou non réellement débiteur — sous la réserve bien entendu d'un droit de répétition pour lui, s'il y a eu erreur de sa part. Il doit en être de même pour la compensation — conclut-on — car dans les deux opérations est incluse « une disposition extinctive autonome » qui « constitue déjà par elle-même une cause suffisante » car « elle rend la prestation justifiée (*gerechtferligt*) même si celle-ci n'était pas due ⁽⁴⁾. Dans le même sens *Kolher* déclare : « La

(1) SIBER (*op. cit.*, p. 90), WEIGELIN (*op. cit.*, p. 62), PLANCK (*op. cit.*, § 390), SCHOLLMAYER (*op. cit.*, § 390), NOLTE (*op. cit.*, p. 6), etc.

(2) V. HÖLDER (*Archiv f. ziv. Pr. Bd. 93*, p. 80 : « Jede begründete Einrede, schliesst die Existen des Anspruches gegen den sie platzgreift, aus. »)

(3) P. ex. avec les art. 202, 813, 2083 BGB où la loi — sans donner de définition — parle des exceptions et d'où il résulterait plutôt qu'elle met l'accent sur le côté défensif qui caractérise mieux l'exception que le côté offensif que veut lui prêter HÖLDER.

(4) LEONHARD (*op. cit.*, p. 203).

compensation suppose une créance adverse, mais elle n'en est pas conditionnée » puisque — d'après cet auteur — une déclaration de compensation serait valable « *même si elle se produit contre une dette inexistante, même si une créance principale à désintéresser n'existait pas* » (1). Kohler est amené à cette conclusion par la conception qu'il se fait de l'essence même de la compensation, dans laquelle il voit une *délégation par voie d'assignation (Anweisung)*, donc une prestation abstraite (2). De ce point de vue — seulement — il faut reconnaître qu'il est plus logique que ne le sont d'autres partisans de la même opinion que lui.

Cependant, dans son ensemble, la construction de Kohler paraît inacceptable, car nous verrons plus loin, dans le chapitre suivant, que la compensation n'est pas une assignation comme l'enseigne l'*Anweisungstheorie* : elle n'est donc pas une prestation abstraite. Par contre, de tous les textes légaux qui concernent la compensation unilatérale, il résulte plutôt que cette opération juridique représente une prestation causale, c'est-à-dire, conditionnée par l'atteinte du but qu'elle poursuit et qui est justement l'extinction de la créance adverse. Au cas donc où celle-ci n'existerait pas, le compensant continuerait à posséder — malgré l'acte de compensation — son ancienne créance, qu'il ne perdra donc pas — et non pas seulement une « *condictio indebiti* », comme le veut l'opinion adverse (3).

D'ailleurs — même en dehors des considérations que nous venons de faire — cette opinion semble inadmissible pour une autre raison : c'est que le procédé même de juger la compensation par analogie avec le paiement paraît extrê-

(1) KOHLER (*op. cit.*, p. 20).

(2) Dans le même sens, REINHOLD (*Diss.*, p. 58). V. aussi STÖLZEL (*op. cit.*, I, p. 198) et WEISSMANN (*ZZPr.*, Bd. 26, p. 28).

(3) Et il importe de remarquer que la différence est sensible entre les deux voies — au point de vue pratique. Car une « *condictio indebiti* » — à quelque moment que l'on exerce — ne peut dépasser en valeur le montant que la créance compensée avait au temps de la déclaration de compensation, pour la raison qu'une « *condictio* » ne porte que sur l'enrichissement exact dont a bénéficié quelqu'un au moment même de l'acte en cause et non au moment où l'on porte plainte. Donc si la créance compensée produisait des intérêts, ceux-ci seraient perdus si le compensant dont il est question était réduit à une « *condictio indebiti* » (Voir REINHOLD, *op. cit.*, p. 58).

mement contestable. Car la compensation actuelle n'est pas « paiement » (*Zahlung*), ni « espèce de paiement » (« *Abart der Zahlung* »), ni même un « paiement idéal » (« *idealle Zahlung* »), mais plutôt un « *modus sui-generis tollendarum obligationum* », qui a acquis dans le Droit moderne une indépendance complète et qui possède maintenant des conditions et des effets propres. Le BGB lui-même, a nettement séparé ces deux institutions juridiques et il y a même de nombreux textes où elles sont mises en opposition ⁽¹⁾.

34. Stölzel, qui est lui aussi partisan de l'opinion qu'on combat ici, croit pouvoir la sauver en disant que la déclaration de compensation représente néanmoins un « *Dispositivakt* », qui contiendrait en réalité une reconnaissance de dette ⁽²⁾. Par cette reconnaissance, la créance adverse serait fondée même si elle n'existait pas réellement, de sorte que finalement, la compensation pourrait être considérée comme ayant été déclarée contre une créance réelle. Mais ce raisonnement ne saurait être retenu, car celui qui le fait oublie que pour la reconnaissance de dette (« *Schuldanerkenntnis* ») la loi exige la forme contractuelle et écrite (art. 781 BGB), tandis que la déclaration de compensation est unilatérale et elle peut être même orale.

35. La thèse donc qui plaide l'admissibilité d'une compensation contre une dette inexistante ne saurait être appuyée — comme on vient de le voir — sur des arguments de texte : c'est pourquoi on a essayé encore de la faire reposer sur des considérations d'ordre pratique et d'équité. En effet — pense-t-on — si la dite compensation est inopérante et si donc la créance compensée à tort et sans efficacité pouvait être de nouveau invoquée plus tard, la situation des deux parties en cause serait rendue beaucoup plus difficile qu'elle ne l'est dans la solution inverse. Car, pour ce qui est d'abord du compensant, il se peut que sa créance — autrefois inefficacement compensée — se trouve depuis lors prescrite, surtout si elle était soumise à une courte pres-

(1) P. ex. dans les art. 266, 267, 294 BGB.

(2) STÖLZEL (*op. cit.*, p. 154).

cription. Par contre, si on ne lui avait accordé (à la partie qui a compensé contre une « *Nichtschuld* ») qu'un simple droit de répétition — celui-ci ne sera prescrit que par les trente ans qui suivent la déclaration de compensation.

Et pareillement, on estime que la situation de la partie adverse à la compensation est rendue — elle aussi — trop difficile, car si cette partie voulait se prévaloir du prétendu effet extinctif accompli dans le passé, elle devra faire la preuve que les conditions exigées pour la compensation étaient réunies à ce moment-là et surtout que sa créance existait valablement à l'époque. Or, dit-on, cette preuve lui sera quelquefois fort difficile, car elle avait pu considérer sa créance (au cas où il s'agissait, par exemple, d'une créance annulable), véritablement éteinte par la déclaration de compensation antérieure — et donc penser à ne plus avoir à conserver indéfiniment des moyens de preuve, surtout pour tout le temps de la prescription. Cet inconvénient n'existerait pas, pense-t-on, si l'on appliquait ici les principes valables pour le paiement, selon lesquels c'est le compensant qui devrait prouver (comme le payant) l'inexistence — matérielle ou juridique — de la prétendue créance principale contre laquelle il a compensé. Enfin — ajoute-t-on encore — si l'on estime qu'en cas d'inexistence ou d'invalidité de la créance adverse, celle du compensant ne sera pas éteinte non plus par la déclaration de compensation — il faut également admettre que les intérêts de cette dernière créance continueront à courir (au cas où elle en produisait) même à l'insu des parties — ce qui pourrait constituer souvent une faveur trop grande pour la partie qui a compensé et une désagréable surprise pour la partie adverse. De même, si la créance inefficacement compensée continuait à subsister, les cautions et les gages ne seraient pas libérés par l'acte de compensation, solution qu'on estime injuste pour la raison qu'il paraîtrait plus équitable à faire supporter le risque de la déclaration inefficace à son auteur, plutôt qu'à des tiers qui n'y sont pour rien ⁽¹⁾.

(1) V. LEONHARD (*op. cit.*, p. 222), KOHLER (*op. cit.*, p. 20), STÖLZEL (*op. cit.*, p. 199), etc.

36. Telles sont les considérations d'ordre pratique qu'on invoque à l'appui de l'admissibilité d'une compensation contre une dette putative — mais il faut avouer qu'elles n'ont pas la vertu de convaincre. Car d'abord en ce qui concerne la partie qui a inefficacement compensé, elle aura pendant les trente années qui suivent sa déclaration de compensation tout le temps d'invoquer à nouveau sa créance, dont elle aura sans doute l'occasion d'apprendre la survivance. (Et d'ailleurs même le droit de répétition que préconise la solution adverse, se prescrit également par trente ans). Ce n'est que quand il s'agit d'une créance soumise à une courte prescription, que notre solution pourrait être un peu dure pour le compensant — ainsi qu'on l'a fait à juste titre remarquer. Mais on a fait également remarquer ⁽¹⁾, que la plupart des cas de compensation contre une dette inexistante ont lieu au cours d'un procès et que pour cette hypothèse il y a l'article 209 alinéa 2 chiffre 3 BGB combiné avec l'article 215 alinéas 1 et 2 du même code — dispositions selon lesquelles le défendeur compensant possède les six mois à partir de la fin de l'instance pour poursuivre à nouveau sa créance : ce n'est qu'après ce délai que l'ancienne prescription continue à courir.

Quant à la situation que la solution représentée ici réserve en matière de preuve à la partie adverse à la compensation, on peut reconnaître que souvent en pratique cette situation pourrait être difficile pour elle. Mais pourquoi cette considération d'ordre pratique, devrait-elle nous faire abandonner le seul point de vue juridiquement exact ? Pourquoi surtout, serait-il plus équitable d'infliger au compensant, la charge d'une preuve tout aussi difficile que celle que l'on veut épargner à la partie adverse ? D'autant plus qu'il convient de ne pas oublier que la compensation unilatérale constitue plutôt une institution établie au profit de la partie qui compense. Il est vrai que cette compensation doit toutefois créer à l'autre partie une situation au moins sûre et non équivoque ⁽²⁾ : mais ceci n'est pas

(1) QUILLITZ (*op. cit.*, p. 44).

(2) Argument invoqué par REINHOLD (*op. cit.*, p. 43).

synonyme d'une situation avantageuse. Enfin, s'il est exact que les cautions et les gages ne doivent pas être lésés par une erreur du compensant, il n'en est pas moins exact qu'ils ne doivent non plus en profiter : or c'est ce que demanderait l'opinion contraire.

Pour toutes ces raisons — ainsi que pour celles qu'on va examiner encore plus bas — nous pensons que seule l'opinion qui estime que pour la compensation deux créances valides sont indispensables paraît pouvoir être acceptée. Elle est seule d'ailleurs en accord avec les textes respectifs du BGB, dont le sens est clair — tellement clair, que c'est ce fait qui nous a fait dire que la question qu'on examine ici n'aurait même pas dû se poser.

37. Mais en dehors de ces textes — sur lesquels nous revenons dans un instant — l'expression même de « *compensation* » semble exiger la présence d'au moins deux créances réelles, une de chaque côté de la balance. Car, en effet, cette notion ne signifiait autre chose à l'origine, à Rome, qu'une « *pésée* » (du verbe « *compensare* »), donc une opération qui suppose avec nécessité l'existence de deux termes réciproques et identiques.

Il en est de même dans le code civil allemand actuel, où l'article 387 déclare explicitement : *Lorsque deux personnes se doivent réciproquement des prestations qui, d'après leur objet, sont de même espèce, chacune des deux parties peut compenser sa créance contre la créance de l'autre partie, à partir du moment où elle peut poursuivre la prestation qui lui revient et effectuer celle qui lui incombe.* »

Quel serait le sens de cette disposition si l'une des parties pouvait efficacement compenser, bien qu'elle ne soit aucunement tenue d'acquitter une dette, puisque celle-ci — par hypothèse — n'existe pas du tout ou n'existe pas valablement ?

La compensation est organisée dans le BGB comme un mode d'extinction d'obligations et elle constitue — comme on l'a déjà dit — une appréciable faveur pour le débiteur, qui possède en elle la faculté de se libérer de sa dette par un moyen autre que celui primitivement convenu. Ce moyen légal perdrait toute sa raison d'être, au cas où le

débiteur ne serait pas tenu par aucune dette effective, dont il voudrait réellement se débarrasser — car la compensation ne doit pas servir à d'autres buts qu'à ceux que la loi lui a assignés.

Mais si la compensation contre une dette inexistante est inconciliable avec la disposition de l'article 387 BGB (qui parle des conditions de la compensation unilatérale), elle l'est aussi avec celle de l'article 389 BGB (qui s'occupe des effets de cette institution juridique. Cette dernière disposition est ainsi conçue : « *La compensation produit cet effet que les créances — dans la mesure où elles se couvrent mutuellement — sont censées comme ayant été éteintes au moment où elles se sont trouver coexister en tant que propres à la compensation.* »

Or, comment pourrait-on concevoir une extinction concomitante des créances par la déclaration de compensation, si — par hypothèse — on admet qu'une seule créance valide suffisait à cette opération juridique ? Et quel sens pourrait encore avoir la rétroactivité prescrite par l'article 389 — fiction qui fait rétroagir l'effet extinctif jusqu'au moment de la réciprocité des créances — si par hypothèse on admet qu'il n'y a pas ou qu'il n'y a pas eu aucune réciprocité ? ⁽¹⁾.

Sans doute, la rétroactivité de la déclaration de compensation ne doit pas être regardée comme un principe absolu de la matière, mais seulement comme une disposition prescrite « dans une certaine étendue » (*in gewissen Umfang*) ⁽²⁾ et qu'il convient par conséquent d'interpréter restrictivement ⁽¹⁾.

Mais quelle que soit la signification et la portée que l'on veuille bien attacher à cette fiction, il est certain qu'elle est limitée par la réciprocité des créances sujettes à compensation, qui sert tout au moins à fixer l'étendue dans le temps de la dite fiction. Or comment fixer cette étendue, si le moment indiqué pour cela par la loi (le début de la réciprocité des créances en cause) fait par hypothèse défaut ?

(1) Cf. OERTMANN (« *Recht* », 1901, p. 450)

(2) LEONHARD (*op. cit.*, p. 199).

38. C'est pourquoi, une compensation contre une dette inexistante apparaît inadmissible : elle l'est en réalité non seulement pour ceux qui — comme nous — n'attachent à la réciprocité de fait des créances sujettes à compensation qu'une signification relativement restreinte. Mais elle l'est davantage et surtout pour ceux qui estiment par contre que c'est dans la coexistence des dites créances que réside la véritable cause de leur extinction et qu'en réalité la déclaration de compensation ne possède qu'une simple valeur déclarative ⁽¹⁾.

Enfin — pour en finir avec la compensation contre une dette inexistante — disons encore qu'elle est également à condamner pour une autre conséquence inacceptable à laquelle elle pourrait facilement conduire. Car elle permettrait à tout créancier de faire à n'importe quel moment une remise unilatérale de dette, en intitulant tout simplement son acte : déclaration de compensation. Or l'article 397 BGB exige explicitement la forme contractuelle pour la remise de dette ⁽²⁾.

Pour toutes ces considérations, on peut conclure que, dans l'état actuel des principes et des textes légaux, un acte de compensation est conditionné par l'existence et la validité de deux dettes à compenser ⁽³⁾.

(1) Cette opinion est représentée par : ENDEMANN (*Lehrbuch*, éd. 1, I, p. 644), PHILIPSBORN (*GruchotsB*, Bd. 64, p. 23), ENNECERUS (*op. cit.*, § 294), DERNBURG (*Bürgerliches Recht*, II, p. 290), OERTMANN (*Kommentar*, § 389), KIPP (*op. cit.*, § 349), etc.

(2) Cf. SIBER (*op. cit.*, p. 93), RG in Seuff. Archiv. Bd. 60, p. 55.

(3) L'opinion dominante en Doctrine et en Jurisprudence semble fixée dans le même sens : ACHILLE (BGB § 387), COSACK (*op. cit.*, p. 469), CROME (*System*, II, p. 297), DERNBURG (*op. cit.*, II, p. 216), ENNECERUS (*op. cit.*, p. 239), FEDER (*op. cit.*, p. 464), GIERKE (*op. cit.*, p. 167), LANG (*op. cit.*, p. 6), NOLTE (*Diss.*, p. 19), OERTMANN (« *Recht* », 1901, p. 447 et 1905, p. 35), PLANCK (*op. cit.*, p. 252), SCHOLLMAYER (*op. cit.*, § 387), SCHLICHTING (*Diss.*, p. 42), STAUDINGER (*op. cit.*, § 387), WEIGELIN (*op. cit.*, p. 60), etc.

V. aussi : RGZ Bd. 37, p. 403 ; Bd. 63, p. 190 ; Bd. 142, p. 176.

CHAPITRE II

NATURE DE LA COMPENSATION UNILATÉRALE

39. Après l'accomplissement de la compensation unilatérale, c'est la nature juridique intime de ce genre de compensation qui formera l'objet de notre étude — surtout parce que cet examen apparaît indispensable pour les considérations que nous allons faire dans la seconde partie de ce travail ⁽¹⁾.

Nous avons déjà dit que ce problème — de la nature juridique de la compensation en général — a été de tout temps très débattu et qu'il continue à l'être même aujourd'hui. Cependant, pour mieux comprendre les termes dans lesquels il se pose actuellement, quelques considérations historiques ne seront point inutiles.

1. Position du problème en droit romain et en droit commun allemand

40. Tout d'abord, pour ce qui est du droit romain, il paraît indubitable qu'il faisait une large place à l'idée de paiement (« *solutio* ») quand il voulait qualifier ou analyser la nature intime de la compensation ⁽²⁾. Ce qui le prouve, c'est le rapprochement que certaines sources ⁽³⁾ font entre

(1) Surtout dans le chapitre sur « La rétroactivité ».

(2) V. à ce propos, NOLTE (*op. cit.*, p. 106) et HARTLAUB (*Diss.*, p. 2).

(3) P. ex. l. 4 qui pot. 20, 4 (« nec enim interesse solverit aut pensaverit ») — l. 4, C. 4, 32 (« ...compensationem pro soluto haberi oportet » ou « compensatio est instar solutionis »).

les deux institutions juridiques — et ce rapprochement est également contenu dans l'adage français « *qui compense, paie* ». Sans doute, exprimée en ces termes, l'idée ne saurait être entendue que « *cum grano salis* », car il a toujours subsisté des différences importantes — tant théoriques que pratiques — entre le paiement et la compensation. Ces différences n'ont pas d'ailleurs du être méconnues ni par les jurisconsultes romains, ni par ceux du droit commun — ancien ou plus récent. C'est pourquoi le glossateur *Bartolus* appelait la compensation « *imaginaria solutio* » ⁽¹⁾ et plus récemment *Stölzel* la qualifiait d'« *ideale Zahlung* » ⁽²⁾. Très près de cette tendance se situent les définitions qui voient dans la compensation une *sous-division du paiement* (*Abart oder Unterart der Zahlung*) comme par exemple celle de *Leyser* « *Compensatio solutionis species est* » ⁽³⁾ ou encore celle de *Noodt* « *Compensatio est mutua solutio...* » ⁽⁴⁾. Pourtant, *Dernburg* s'est élevé contre l'idée de rapprocher ces deux institutions juridiques et il contesta le fondement même de ce rapprochement. « Le paiement et la compensation — dit-il en effet — sont différents quant à la forme de l'acte (*Handlung*) par lequel l'extinction s'accomplit ici et là ; non moins dans la situation (*Zustand*) juridique qui est créée par les deux actes, également encore dans leurs effets pratiques pour le créancier et enfin dans les raisons (*Gründe*) qui sont à la base de ces deux modes d'extinction ». Et plus loin, le même auteur ajoute : « La compensation n'est pas une sous-division de la « *solutio* », car elle ne suppose pas l'existence réelle de l'objet à prêter ; de même, elle n'apporte pas toujours au créancier les mêmes avantages qu'un paiement ; elle trouve plutôt sa justification dans l'idée qu'il est inéquitable d'exiger ce qu'on doit prêter soi-même. » ⁽⁵⁾. Pourtant, *Dernburg* ne

(1) *BARTOLUS* (« in l. amplius non peti compensatio est imaginaria quaedam solutio »).

(2) *STÖLZEL* (*op. cit.*, II, p. 3).

(3) *LEYSER*, *Meditations ad Pandectas*, p. 225 (cité par *NOLTE*).

(4) *NOODT* (l'un des représentants de l'école hollandaise) : « *Compensatio est mutua solutio juris interpretatione quasi per brevem manum facta* » (*Comm. ad. Dig.*).

(5) Car *DERNBURG* (*op. cit.*, p. 368) voit le fondement de la compensa-

va pas jusqu'à nier que les sources romaines rapprochent souvent l'idée de compensation de celle de « *solutio* ». « Est-ce que les Romains ont conçu la compensation comme un paiement — se demande-t-il ? On ne peut pas contester qu'il y ait des apparences en ce sens, mais elles ne signifient pas que la compensation serait une sorte de paiement ou qu'elle en aurait les mêmes conditions et qu'elle pourrait être invoquée de la même manière : elles signifient tout simplement qu'une compensation accomplie a matériellement les effets d'un paiement ».

Les paroles de *Dernburg* ne sont en réalité qu'une réponse à la question qui se posait dans la Doctrine du droit commun, à savoir, si la compensation était analogue à l'acte de paiement même (si elle était donc « *ein Zahlungsvollzugsakt* ») ou si elle avait simplement les effets d'un paiement : notre auteur penche vers la seconde alternative.

Quoi qu'il en soit, l'idée de rapprocher la compensation du paiement persista dans la Doctrine du droit antérieur, puisque l'opinion dominante de celui-ci voyait dans la compensation « *un paiement fictif, réciproque* », *eine fingierte, wechselseitige Zahlung* » ⁽¹⁾. et cette conception s'appuyait aussi sur le célèbre texte de *Modestin* « *Compensatio est debiti crediti inter se contributio* » ⁽²⁾, bien qu'on ait reproché à ce texte de pouvoir servir d'appui à n'importe quelle théorie sur la compensation ⁽³⁾.

41. Cet acte de paiement — contenu dans la compensation — était à son tour différemment conçu : on voyait d'abord en lui un « *Selbstzahlung* » du créancier, c'est-à-dire, on pensait que le compensant agit en tant que créancier, qui se paie avec ce qu'il doit à son débiteur. « Les Romains, disait *Krug*, l'un des représentants de cette conception —, entendaient par « *compensatio* » la fiction qu'un créancier se paie lui-même (*sich selbst bezahlt*) avec

tion dans le principe: « *Dolo facit qui petit quod redditurus est* » (l. 8 D. de doli mali exceptione, 44, 4).

(1) Aussi p. ex. *Krug* *op. cit.*, p. 12), *Stölzel* (*op. cit.*, p. 3), etc.

(2) L. 1 D. h. t.

(3) V. *Eisele* (*op. cit.*, p. 213).

ce qu'il doit justement à son débiteur » (1). Et, dans le même sens, peut-on noter les paroles de Heydmann, qui déclare à son tour : « La compensation est en quelque sorte un paiement accompli dans le propre nom du créancier — une sorte d'assignation du créancier à lui-même » (2) — ce qui veut dire que « le défendeur est assignant, le demandeur assigné et assignataire à la fois. Le défendeur indique au demandeur de conserver le montant de sa dette et de s'en désintéresser, de façon que par ce seul paiement les deux créances soient considérées éteintes » (3).

Contre cette « Selbstzahlung » du créancier s'est élevé d'abord *Fuhr* (4) et plus tard *Oertmann*. Ces auteurs prétendent — avec raison sans doute — que le paiement serait plutôt un acte qui selon sa nature devrait procéder du débiteur : c'est le débiteur qui est le payant et non pas le créancier. Et, partant de cette idée, *Fuhr* voit dans la compensation le fait que « le débiteur paye la créance du créancier poursuivant (zahlt die Forderung des klagenden Gläubigers) avec l'objet de sa propre créance ».

En dépit de la diversité de leurs points de vues, ces quelques conceptions qu'on vient de mentionner — ont ceci de commun qu'elles voient dans la compensation un acte de désintéressement (*Befriedigung*) : c'est la raison pour laquelle on peut les faire entrer dans ce qu'on a appelé la « *Befriedigungstheorie* ». A celle-ci, on opposait la « *Befreiungstheorie* », c'est-à-dire la construction qui voit essentiellement dans la compensation, non pas un acte de désintéressement mais de libération (*Befreiung*), d'extinction de sa propre dette : et il semble que cette dernière conception fit meilleure fortune dans la Doctrine du droit antérieur. Il y avait d'ailleurs en ce domaine une autre théorie qui englobait en réalité les deux précédentes et qu'on appelait pour cela même la « *Kombinationstheorie* » : elle enseignait en effet que « le compensant agit

(1) KRUG (*op. cit.*, n. 7).

(2) « Die Compensation ist gleichsam eine Zahlung durch das eigene Nomen des Creditors, eine Art. Assignation des Creditors au sich selbst ».

(3) HEYDMANN (« Einleitung in das System des Preussischen Civilrechts ») cité par HARTLAUB.

(4) « Zur Lehre von der Kompensation », p. 116.

aussi bien en tant que créancier que débiteur » (1). C'est ce qu'exprime très bien *Eisele*, quand il déclare : « L'opération de compensation a deux côtés, elle n'est pas seulement offre de libération mais également offre que l'adversaire (*Gegner*) accepte la libération. Ceci signifie que la compensation est moins désintéressement réciproque que libération réciproque ; en tout cas, elle représente un acte combiné » (2). D'ailleurs *Eisele* conçoit cet acte combiné comme une *remise réciproque de dettes*, accomplie « *solvendi causa* ». Par contre, *Windscheid* enseignait qu'il y aurait dans l'acte de compensation une « *datio in solutum* » imposée au créancier (3) : mais il ne semble pas qu'on puisse introduire cette dernière notion dans la construction de la compensation, puisqu'un adage du droit romain disait déjà : « *aliud pro alio invito creditore solvi non potest* ».

42. Enfin on a voulu trouver le fondement de la compensation dans l'idée de rétention. La tendance à rapprocher ces deux institutions juridiques semble d'ailleurs être fort ancienne, si l'on en juge par le fait qu'on la rencontre déjà dans plusieurs statuts italiens sur la faillite (4) et que même le droit canonique accordait en certains cas la rétention à la place de la compensation qu'il interdisait. Et ce rapprochement pouvait paraître fondé, car aussi bien la rétention que la compensation étaient primitivement issues à Rome, toutes les deux du principe de l'équité et mises en pratique par le prêteur au moyen de l'« *exceptio doli* » (5). Et même plus tard, on appelait la première « *exceptio temporalia* » et la seconde « *exceptio perpetua* » — ce qui laissait entendre qu'il y aurait eu entre elles un rapport du plus petit au plus grand.

Brinz (6) est le juriste qui a le mieux insisté sur cette question et qui a rapproché le plus les deux institutions

(1) OHNSORGE (*Iherings I*, Bd. 20, p. 287).

(2) EISELE (*op. cit.*, pp. 231, 389).

(3) WINDSCHEID (*op. cit.*, p. 461).

(4) V. THALLER (*Faillites en droit comparé*, t. II, p. 127).

(5) V. p. ex. APPLETON (*op. cit.*, p. 318).

(6) *Op. cit.*, II, p. 421.

juridiques dont il s'agit ⁽¹⁾, en leur donnant un fondement commun, basé sur la même idée initiale, celle de garantie. « L'essence de la rétention — disait-il en effet — consiste en ceci que celui qui est poursuivi en vertu d'un droit quelconque, puisse retenir ce qu'il doit livrer (*geben*) ou presser (*thun*), jusqu'à ce qu'il ait été lui-même désintéressé pour sa propre contre prétention. Si l'on renforce la simple rétention temporaire (*blosse zeitweilige Zurückhalt*) jusqu'à une rétention continue (*immerwährende Zurückhalt*) — on est arrivé à l'essence de la compensation ».

A l'appui de ses affirmations, *Brinz* invoquait surtout le langage des sources romaines, dont quelques-unes parlent de ces deux institutions juridiques à la fois comme s'il s'agissait de deux notions communes ou apparentées ⁽²⁾. Et notre auteur aboutissait à la conclusion que la rétention et la compensation représentent deux modes de garantie de même essence et nature, puisque leur fondement est commun : le fait primitif et unique de ne pas avoir à payer, tant qu'on possède une contre-créance et jusqu'au montant de celle-ci ⁽³⁾. Cette conclusion de *Brinz* apparaîtrait plus compréhensible si l'on ajoute surtout que cet auteur estimait que la compensation n'a jamais eu à Rome un effet extinctif, qu'elle n'a donc jamais été là un « *modus tollendarum obligationum* ». Car au lieu de la trouver traitée dans le titre « *De solutionibus et liberationibus* », elle n'est citée que comme simple moyen de défense à côté de certaines exceptions et à la fin des actions.

§ 2. — Le problème de la nature de la compensation dans la Doctrine allemande moderne

43. Dans la Doctrine du BGB, le problème du fondement de la compensation a continué à être débattu. Mais il se

(1) Par contre, *DERNBURG* (*op. cit.*, p. 189) pensait que la compensation et la rétention sont des institutions diamétralement opposées.

(2) P. ex. l. 4 D. h. t. (« quod ex compensatione reus retinere potest »); l. 20 eod. (« jure compensationis retinere »); l. 4 C. pet. hev. 3, 21; l. 17 inf. D. eod. 3.

(3) « Wirkung und Gegenwirkung der beiderseitigen Forderungen ist zuoberst gegenseitiger Retentionsrecht ».

pose ici en des termes sensiblement différents, car aujourd'hui la physionomie de cette institution juridique est fortement établie, en tout cas plus qu'elle ne l'était dans le droit antérieur ou dans les sources romaines. Aujourd'hui, la compensation possède son visage propre et elle est devenue une institution qui trouve sa justification et nature en elle-même et non plus dans d'autres catégories juridiques. Autrement dit, la compensation actuelle est devenue un « *modus sui-generis tollendarum obligationum* », ayant une existence indépendante et une réglementation propre, dans un chapitre spécial que lui a consacré le BGB.

44. Compensation und retention. — C'est d'ailleurs pour ces raisons que la compensation ne saurait plus être qualifiée ou même rapprochée de la rétention ⁽¹⁾ — surtout au point où le faisait *Brinz*. Les conclusions de cet auteur ⁽²⁾ — bien qu'elles aient exercé une certaine influence sur le législateur de 1900 — apparaissent aujourd'hui, dans leur essence, inacceptables, car leur point de départ n'est plus le même. En effet, quelque fût le caractère de la compensation à Rome, il est évident que cette institution juridique représente à l'heure actuelle un mode d'extinction d'obligations ne serait-ce que parce qu'elle est réglementée dans le titre qui porte sur l'« *extinction des rapports d'obligation* », tandis que le droit de rétention est traité dans celui qui statue sur le « *contenu des rapports d'obligations* ». Aussi, on est en général d'accord pour déclarer que la différenciation de ces deux moyens juridiques est aujourd'hui chose achevée et que la *rétention n'est plus à considérer*

(1) Cependant, dans la Doctrine française, on est encore quelquefois partisan de l'idée de rapprocher la compensation de la rétention. Ainsi, par ex. H. CAPITANT (*op. cit.*, t. II, p. 867) déclare à ce sujet : « Cette assimilation est d'autant plus admissible, qu'elle a été déjà faite par les rédacteurs du Code dans un texte, l'article 1885, où nous lisons justement : « L'emprunteur ne peut pas retenir la chose par compensation de ce que le prêteur lui doit. »

(2) Ces conclusions paraissent plus acceptables en droit commercial que civil. En effet, le droit de rétention commercial (art. 369 HGB) n'exige pas la connexité comme le fait celui du BGB ; aussi les commentateurs du Code de commerce le considèrent comme une sorte de moyen terme entre la rétention ordinaire et la compensation (V. SALELLES, *op. cit.*, p. 25).

comme un droit mineur de compensation, mais comme un droit indépendant et différent.

En effet la différence apparaît évidente entre ces deux droits, si l'on examine d'abord leurs *conditions* — différence qui fait d'ailleurs que le domaine d'application de ces deux institutions juridiques ne soit pas du tout le même. Celui de la rétention est — dans un premier sens — plus étroit, à cause de la *connexité* que ce moyen de garantie exige ; en revanche il paraît dans un autre sens beaucoup plus large que celui de la compensation car la rétention ne se limite pas aux créances de même nature ⁽¹⁾ : elle embrasse toutes sortes de prestations (*Leistungen*) ⁽²⁾ pourvu qu'elles soient connexes, tandis que la compensation n'est souvent applicable en fait que pour les créances de sommes d'argent, car celles-ci seules sont parfaitement identiques.

Si l'on passe maintenant à l'examen *les effets* des droits dont il est question, les différences apparaissent encore plus grandes. Il est certain que le droit de rétention représente un moyen de garantie et de pression ; les Motifs déclarent d'ailleurs clairement : « Ce droit de rétention sert particulièrement à la garantie et comme moyen de pression » ⁽³⁾. D'autre part, le système de compensation adopté par le BGB met lui aussi à la base de cette institution juridique l'idée de pression et de garantie. Pourtant, si les effets de ces droits paraissent se rencontrer sur ce point, leur intensité — pour ainsi dire — est en revanche très différente.

En effet, la compensation est quelque chose de définitif, la rétention quelque chose de provisoire. Et ceci dans un double sens : d'abord dans celui que la compensation possède un *effet extinctif*, tandis que la rétention n'a qu'un simple *effet suspensif* (elle ne produit qu'une *exception dilatoire*). Ensuite, dans celui que la compensation — une fois déclarée — est en quelque sorte inexorable, c'est-à-dire qu'elle doit aboutir à l'extinction des créances même contre la volonté de la partie adverse, tandis que celle-ci peut

(1) V. RGZ Bd. 59, p. 200.

(2) V. STAUDINGER (*op. cit.*, § 273).

(3) Rot. Bd. 2, p. 42.

écarter à tout moment l'exercice du droit de rétention en offrant des garanties (art. 273 al. 3 BGB).

De cette différence capitale, « la compensation éteint, la rétention non ⁽¹⁾, découle une foule de conséquences secondaires. Ainsi, si l'on suppose qu'il s'agit de deux créances qui se trouvent coexister l'une vis-à-vis de l'autre — ces créances seront définitivement éteintes par la compensation, tandis que la rétention les laissera subsister sans changement, si bien qu'elles pourront subir encore des modifications ultérieures ou s'éteindre séparément. De même, si les créances en cause produisent des intérêts, le cours de ceux-ci sera arrêté par la compensation (et l'art. 389 BGB — à l'aide d'une fiction — considère cet arrêt produit dès la coexistence des créances) ; pareillement à partir de ce moment là, toute possibilité de « mora » ou exigibilité de clauses pénales, etc... sera également exclue ; or, la rétention ne produit aucune de ces conséquences secondaires.

Mais, non seulement l'intensité des effets — de ces deux institutions juridiques — est différente, leur étendue l'est aussi. Car, tandis que la compensation produit son effet extinctif jusqu'à concurrence de la valeur la plus faible des créances en présence — en cas de rétention (où il n'y a aucune extinction), cette correspondance entre les valeurs présentes ne semble pas devoir intervenir : si l'on possède le droit de retenir, on pourra l'exercer dans l'étendue que l'on voudra, en refusant même toute la prestation de la partie adverse, sans toutefois se laisser aller à des abus. En d'autres termes, le droit de rétention ne trouve ses limites que dans la repression de l'abus de droit ⁽²⁾ (art. 226 BGB).

Et ceci s'explique par la différence de nature qui existe entre lui et la compensation : celle-ci est une arme *offensive*, un acte ⁽³⁾ qui représente un désintéressement (imposé), un droit qui est épuisé par un seul usage — tandis que la rétention est par contre une arme *défensive*, qui

(1) LOTMAR (*Arbeitsvertrag I*, p. 424). Dans le même sens: RIEGER (*Diss.*, p. 66), BREUER (*Diss.*, p. 40), POEL (*Diss.*, p. 36).

(2) Cf. HARTMANN (*Diss.*, p. 22).

(3) « La compensation est une action (THUN), la rétention est une abstention (NICHT-THUN) » dit LOTMAR (*op. cit.*, p. 424).

ne conduit pas au désintéressement, mais seulement à la garantie et qui est pour cela même susceptible d'un long usage.

Enfin, pour en finir avec cette brève étude comparative, mentionnons encore que la différence entre les effets des deux institutions dont il est question subsiste considérable même dans le domaine judiciaire. A la vérité, celui qui invoque ici une compensation accomplie avant ou au cours même du procès — est acquitté soit en tout, soit partiellement. Par contre, celui qui invoque un droit de rétention n'échappera pas à la condamnation et même à une condamnation intégrale, qui présentera cependant la particularité qu'elle n'obligerait le condamné qu'à une prestation *trait pour trait* (*Zug um Zug*) (art. 274 BGB) ⁽¹⁾.

Pour conclure, citons un arrêt du *Reichsgericht* lui-même où les différences — que nous nous sommes efforcés de faire ressortir — sont très bien résumées par l'instance suprême : « Celui qui compense — déclare en effet celle-ci — veut, en sacrifiant sa propre prétention, échapper à l'obligation de prêter : *donc, principalement, il ne veut pas prêter*. Celui qui retient veut prêter, mais seulement au moment où la partie adverse en fera autant : *donc, il ne refuse que temporairement la prestation*. De ceci il résulte que la *rétention n'est pas — par rapport à la compensation — un droit mineur, mais surtout un tout autre droit* » ⁽²⁾.

45. Compensation et paiement. — Si la compensation actuelle n'est pas « rétention » elle ne saurait être non plus rangée sous l'étiquette de paiement ou même celle d'« *Erfüllungssurrogat* » (« surrogat » d'exécution).

L'idée que *Dernburg* enseignait déjà à ce propos dans le droit commun ⁽³⁾ paraissait peut-être un peu rigoureuse à ce moment-là, mais elle ne le paraît plus si on la rapporte à la compensation moderne ; car si les sources romaines poussaient en quelque sorte à un certain rapprochement entre cette institution et celle du paiement, rien ne nous y oblige plus aujourd'hui. Par contre, une foule de dif-

(1) V. en ce sens : ULRICH (*Diss.*, p. 26).

(2) RG in JW 1903, p. 16. V. aussi RG in JW 1911, p. 215.

(3) Et qu'il maintient d'ailleurs pour le droit du BGB (V. *Bürgerliches Recht*, II, p. 282).

férences — grandes ou petites — séparent ces deux institutions juridiques à l'heure actuelle ; nous nous bornerons d'en relever quelques-unes :

1° La compensation du BGB est avant tout unilatérale, puisqu'elle s'accomplit par la volonté seule du compensant et sans le concours ou l'assentiment du juge ou de la partie adverse — tandis que le paiement reste un contrat, qui a besoin par conséquent du consentement de l'autre partie.

2° Par le paiement, le créancier reçoit exactement l'objet primitivement convenu — tandis que la compensation représente précisément la faculté dont jouit le débiteur de pouvoir se libérer par un mode légal, autre que celui convenu primitivement ⁽¹⁾.

3° Tout tiers peut en principe payer « *solvendi causa* » pour et à la place du débiteur (art. 267 BGB) — à moins qu'il ne s'agisse d'une dette personnelle — tandis que ce tiers ne saurait en principe déclarer la compensation à la place et pour le débiteur ⁽²⁾ (sauf certaines exceptions, où l'intervenant possède une « *facultas solvendi* » même par voie de compensation, pour la raison qu'il a un grand intérêt à ce que le créancier soit désintéressé) ⁽³⁾.

4° Le paiement partiel est interdit au débiteur par l'article 266 BGB, mais cette disposition ne s'applique pas en cas de compensation (car la loi n'exige point que les créances opposées en compensation soient de même valeur).

5° La compensation est interdite là où le paiement est permis et même imposé ⁽⁴⁾.

6° On peut compenser avec une créance prescrite (art. 390 BGB), mais on n'est jamais obligé de payer une dette prescrite.

7° Si le créancier renonce au paiement, il perd sa pré-

(1) Ce qui entraîne la conséquence que pour le paiement on doit avoir entre les mains « *in concreto* » l'objet de la prestation, tandis que ceci n'est pas nécessaire pour l'effet juridique de la compensation.

(2) Faute de réciprocité des dettes, car « *ex personna tertii, compensatio fieri nequit* ».

(3) Ces cas exceptionnels, appelés « *Ablösungsfälle* », sont contenus dans les art. 268, 426, 774, 1143, 1225, etc. BGB.

(4) V. art. 393, 394, 395 BGB ; art. 221 Code de commerce, etc.

tention, alors qu'il la conserverait s'il renonçait tout simplement à sa compensation.

8° En cas de pluralité de dettes, la mise en marche de l'imputation légale est réglée différemment en cas de compensation et en cas de paiement ⁽¹⁾.

9° Le terme de grâce empêche une poursuite à fin de paiement mais non la compensation.

Ces quelques indications montrent clairement que nous nous trouvons en présence de deux institutions juridiques distinctes, de deux modes *sui generis* d'extinction d'obligations et qu'il serait vain, voire même inexact de considérer encore l'un des deux comme une sous-division ou un « *surrogat* » de l'autre ⁽²⁾.

46. Mais si la compensation actuelle n'est pas « paiement », il faut quand même analyser son contenu intime, comme nous l'avons fait pour celle du droit antérieur. Et à ce sujet il y a d'abord comme là, la possibilité de considérer l'acte de compensation comme un *acte accompli en tant que débiteur* (*Schuldnerakt*), qui veut se libérer de sa dette, en sacrifiant une de ses propres créances. Cette idée est encore plus vraie aujourd'hui car elle s'inspire de celle plus générale, sur laquelle d'ailleurs nous avons maintes fois insisté, à savoir, que l'institution même de la compensation unilatérale du BGB est organisée au profit du débiteur, pour lequel elle représente un moyen commode de libération. C'est en somme la conception qu'enseignait déjà la « *Befreiungstheorie* » du droit commun, quand elle disait que le compensant agit en tant que débiteur, qui veut se libérer de sa dette en libérant en même temps la partie adverse, de celle dont elle était tenue envers lui.

46. « *Leistungstheorie* ». — Il paraît donc vrai de dire que celui qui déclare la compensation agit en tant

(1) V. *infra*, p.

(2) Cependant la compensation est encore appelée souvent « *Erfüllungssurrogat* » ou même « *Zahlungssurrogat* ». V. CROME (*Lehrbuch*, p. 288), ENNECERUS (*op. cit.*, § 294), STAUDINGER (*op. cit.*, § 287 Bem.), KUHLENBECK (*Von den Pandecten*, p. 180), et même RGZ Bd. 28, p. 418 et Bd. 120, p. 282,

que débiteur qui pour obtenir l'extinction de sa dette fait une *prestation* (*Leistung*) qui consiste justement dans le sacrifice de sa propre contre-créeance : d'où vient le nom de cette conception « *Leistungstheorie* ». Evidemment, cette prestation du débiteur représente le désintéressement de la partie adverse (du créancier) et c'est dans ce sens que *Gierke* déclare avec raison : « La compensation est un désintéressement du créancier par le sacrifice d'une contre-créeance de valeur égale (à la prestation due) du débiteur » ⁽¹⁾. Par conséquent, si la compensation n'est pas « paiement », elle représente en revanche un « *désintéressement* » ⁽²⁾ : mais celui-ci est en premier lieu celui de la partie adverse à la compensation (*Aufrechnungsgegner*) et non pas celui du compensant, qui cherche plutôt sa libération. Sans doute, le désintéressement de l'adversaire (du créancier) sera régulièrement accompagné de celui de la partie qui compense (puisque celle-ci aussi est en même temps créancier et débiteur). Cependant cette dernière conséquence n'arrivera pas toujours, par exemple dans les soi-disant « *Ablösungsfälle* » ⁽³⁾, (*cas d'intervention ou de relève*). Or, pour trouver la nature juridique de la compensation, il ne faut retenir que les effets qui lui sont essentiels et non pas ceux qui peuvent manquer quelquefois. Or, effet essentiel, c'est l'extinction de la prétention contre laquelle on compense et non pas le désintéressement de celle que l'on oppose en compensation. Autrement dit, la compensation est la prestation d'une valeur à l'adversaire et non l'acquisition d'une autre par le compensant. Sans doute, cette prestation diffère de celle ordinaire par le fait qu'elle peut se produire unilatéralement, mais ce fait ne peut pas lui faire perdre sa nature juridique, car il ne signifie que pour saisir l'essence et la particularité de la compensation unilatérale, c'est du côté actif de l'institution qu'il faut regarder.

(1) *GIERKE* (*op. cit.*, p. 163). V. aussi *SCHNEIDER* (*Diss.*, p. 3) et *RGZ* Bd. 7, p. 248.

(2) « La compensation n'est aucune extinction sans désintéressement, mais par contre une extinction sans paiement » (*SCHNEIDER, op. cit.*).

(3) V. art. 268 al. 2, 1142 al. 2, 1224, etc. *BGB*,

47. Donc, la déclaration de compensation représente une prestation : *mais est-ce une prestation abstraite (abstrakte Leistung) ?* On ne s'est pas fait faute de le prétendre ⁽¹⁾, mais à tort, car la théorie de la prestation abstraite est sûrement à rejeter ne serait-ce que pour une seule conséquence à laquelle elle mènerait avec nécessité : en effet, la compensation contre une dette inexistante (*Nichtschuld*) deviendrait de ce fait possible, ce qui est absolument inacceptable ⁽²⁾. En réalité, si l'on a défendu la théorie de l'abstraction, c'est pour pouvoir construire la prestation du compensant comme une remise de dette : on oublie cependant que la compensation du code civil allemand est un acte juridique unilatéral, tandis que la remise est un contrat (art. 397 BGB).

48. « *Anweisungstheorie* » de Kohler. Discussion. — En marge de la « *Leistungstheorie* » — et sans s'y intéresser complètement — se situe la conception que Kohler propose au sujet de l'acte de compensation. Si cette conception ou construction est intéressante — comme on va le voir tout de suite — il ne paraît toutefois pas qu'elle soit absolument nouvelle, puisque certains auteurs du droit commun s'en approchait singulièrement par les leurs ⁽³⁾. Mais Kohler, lui a donné une ampleur nouvelle, par tous les développements qu'il lui a consacrés : c'est pourquoi nous allons nous arrêter un instant à ce qu'on a appelé du nom de l'« *Anweisungstheorie* » — nom qui vient du fait que cette théorie s'appuie sur l'idée d'assignation par voie de délégation (*Anweisung*). « La compensation — dit en effet Kohler — existe automatiquement avec la possibilité d'assignation. Dès l'instant où l'on peut assigner un débiteur, c'est-à-dire aussitôt qu'on peut lui indiquer de payer « *solvendi causa* » à un tiers, on peut également lui indiquer de se payer à lui-même. C'est dans une pensée de simplification que B., qui pourrait dire à son débiteur : paye

(1) V. SIBER (*op. cit.*, p. 135), REINHOLD (*op. cit.*, p. 51, « Die Aufrechnung ist abstrakt als Leistung zwecks Schuldtilgung, speziell als Erlass der Forderung des Aufrechnenden an Erfüllungsstatt »).

(2) V. *supra*, p. 63.

(3) P. ex. HEYDMANN, FUHR (*V. supra*, p. 78).

au lieu de moi à X. puisse lui dire aussi : paye à toi-même. Si de plus, A est en même temps créancier de B, celui-ci pourra dire : paye à toi-même et acquitte ainsi par là, la créance que tu as envers moi. Sans doute, on pourrait objecter — continue *Kolher* — qu'entre une pareille assignation et un paiement, il y a quand même une « fente » « *Kluft* » : l'assignation ne conduirait à l'extinction, que :

a) si l'assigné l'accepte et

b) s'il paie réellement.

Seulement cette « fente » — ajoute l'auteur cité — disparaît d'elle-même car : 1° A ne peut pas refuser une pareille assignation, puisqu'un paiement à soi-même ne fait que faciliter et simplifier l'opération de paiement (*Zahlungsgeschäft*) : il n'y apporte aucune complication ; 2° Ensuite, le paiement à soi-même n'a plus besoin d'aucun acte matériel, car il se produit sans plus tarder (d'emblée) (*ohne weiteres*) dès qu'il y a identité entre celui qui doit payer et celui qui doit recevoir » (1).

Et *Kohler* précise encore sa pensée, ailleurs : « On doit remarquer, dit-il, que l'assignation dont il est question a pour conséquence que A n'a pas besoin de payer à lui-même, puisque l'acte à soi-même est considéré sans plus tarder comme accompli (*das Geschäft an sich selbst ist ohne weiteres vollzogen* ») ; ensuite que, bien que dans d'autres cas A ne soit pas obligé d'accepter l'assignation, il y est obligé en notre hypothèse et cette obligation est considérée comme accomplie de par elle-même : *l'assignation est automatiquement acceptée et le paiement automatiquement accompli*. La faculté de donner pareille assignation avec l'effet qu'elle arrive d'elle-même à l'exécution dans la personne de l'assigné — c'est une forte de faculté (pouvoir) de se garantir « *Art der Deckungsbefugnis* » (2).

49. Telle est en essentiel la théorie de *Kohler* et l'on s'aperçoit tout de suite qu'elle prête le flanc à de nombreuses critiques, non seulement quant à sa construction intime, mais aussi bien quant aux conclusions que son auteur veut en tirer. Car, tout d'abord, *Kohler* déclare que

(1) KOHLER (ZZPr. Bd. 24, p. 3).

(2) *Id.* (*Lehrbuch*, II, p. 209).

le compensant assigne son débiteur à se payer à lui-même (an sich selbst zahlen) — ce qui semble vouloir dire que le compensant agirait en tant que créancier. Or, ceci constitue une contradiction de la part de Kohler puisque cet auteur partage par ailleurs l'idée que la compensation est une institution organisée, surtout dans le BGB, en faveur du débiteur : car, s'il en est ainsi, pourquoi mettre l'accent sur l'attitude et l'activité de la partie adverse à la compensation (Aufrechnungsgegner), en construisant une « Selbstzahlung » de celle-ci ? D'autre part, pourquoi parler encore de paiement en matière de compensation ? ⁽¹⁾. Kohler lui-même le sent bien, puisqu'il déclare que « la faculté de donner une pareille assignation... » (donc la faculté de compensation) est une « Art der Deckungsbefugnis » et que la « Deckung » n'est pas « Erfüllung » (exécution donc paiement) — « mais un autre moyen de se créer un désintéressement » ⁽²⁾. Cette idée que la compensation n'est pas un « paiement », mais qu'elle peut être « désintéressement » n'est que juste et elle est déjà admise par la « Leistungstheorie » : seulement on sait que cette dernière théorie enseigne que ce désintéressement est en premier lieu celui de la partie adverse à la compensation et indirectement celui de la partie compensante. Ici encore, Kohler ne semble pas de cet avis, puisqu'il déclare que : « La compensation opère d'une double manière : elle procure le désintéressement de la « Aufrechnungsforderung » ⁽³⁾ et par suite de cela, celui de la « Hauptforderung » : les deux désintéressements sont « Deckungsbefriedigungen » désintéressements obtenus par voie de garantie, l'un directement, l'autre indirectement » ⁽⁴⁾.

50. Même en dehors de ces considérations, l'idée de rapprocher la compensation de l'assignation, au degré surtout où le prétend l'auteur de l'« Auweisungstheorie » — semble contestable, pour la raison que tout paraît plutôt séparer en réalité ces deux notions. En effet, l'assignation

(1) KOHLER (*Lehrbuch*, II, p. 210).

(2) Dans le langage de KOHLER : la créance de la partie qui compense.

(3) *Id.* : la créance de la partie adverse à la compensation.

(4) KOHLER (*op. cit.*).

a besoin de la forme écrite, tandis que la compensation unilatérale peut être même orale (elle n'est pas un acte formaliste) ; d'autre part, l'assignation est un contrat, alors que la compensation actuelle n'en est pas un ; ensuite, l'assignation ne retroagit pas, alors que la compensation du BGB possède effet rétroactif ; enfin, si la compensation était assignation, celle-ci devrait être interdite là où la compensation l'est aussi par la loi — ce qui n'est pas le cas.

Reprenons point par point les principales de ces objections : en ce qui concerne d'abord la première, il est exact que *l'article 783 BGB prescrit la forme écrite pour l'assignation*, ce que ne font pas les articles relatifs à la compensation. Sans doute, on pourrait peut-être répondre à la rigueur, que l'analogie invoquée par Kohler serait quand à la nature et non quant à la forme de l'assignation. Pourtant, il ne faut pas oublier que la forme écrite fait partie intégrante de l'individualité que possède dans le BGB cette dernière institution juridique. Quoi qu'il en soit, la seconde objection, celle qui invoque l'argument très fort que *la compensation actuelle n'est qu'un acte juridique unilatéral, alors que l'assignation est un contrat*, auquel donc le consentement de la partie adverse reste nécessaire — paraît encore plus intéressante. D'autant plus que la loi déclare de façon expresse, que ce consentement pourrait être refusé en cas d'assignation même par celui qui serait réellement débiteur de l'assignant. C'est ce que déclare en effet l'art. 787 alinéa 2 BGB, dont le texte est ainsi conçu : « *L'assigné n'est pas obligé vis-à-vis de l'assignant d'accepter l'assignation ou d'effectuer la prestation à l'assignataire, par la seule raison qu'il est débiteur de l'assignant* ». D'où il résulte que, si l'assigné se décide pour l'acceptation, il devra en manifester l'intention par un acte de volonté ⁽¹⁾ et — même plus — ce n'est pas au moment de l'acceptation, mais plutôt à celui où le débiteur paiera réellement, que les créances respectives seront considérées éteintes » ⁽²⁾.

(1) V. OERTMANN (« *Recht* », 1905, p. 34).

(2) Comme il arrive en droit français, quand il s'agit de délégation imparfaite. On sait que c'est cette opération que POTHIER désignait plus particulièrement par l'expression d'« assignation » (V. CAPITANT, *op. cit.*, t. II, p. 316).

Kohler n'a pas dû ignorer la force de cette objection, puisqu'il semble lui avoir déjà répondu, en disant que l'assigné dont il est question ne peut et ne doit pas refuser l'assignation car elle intervient dans une pensée de simplification des rapports juridiques : à quoi notre auteur ajoute — comme on l'a vu — que le paiement de l'assigné à lui-même n'a besoin d'aucun acte matériel de paiement, puisqu'il s'accomplit automatiquement à cause de l'identité de personne qui existe entre celui qui doit payer et celui qui doit recevoir.

Mais, cette réponse semble vraiment insuffisante, car d'une part elle ne peut satisfaire au texte clair de l'art. 787 BGB et, d'autre part, le paiement à soi-même, réalisé de par lui-même, reste une notion incomplètement précisée. On a prétendu même que cette notion du « Selbstzahlung » serait une notion pleine de contradiction en elle-même, car le débiteur ne pourrait pas se payer à lui-même ⁽¹⁾. Mais cette critique va peut-être un peu trop loin, car pour ce qui est du BGB, il est certain qu'il connaît et qu'il accepte cette notion, dont il est question et on peut même dire qu'un paiement à soi-même est partout possible là où l'on agit comme représentant direct d'autrui. Ainsi, par exemple, l'article 181 BGB déclare en substance qu'un représentant — et au nom du représenté — peut en principe, avec permission spéciale, entreprendre un acte juridique avec lui-même, agissant soit en son propre nom, soit comme représentant d'un tiers. Donc, le paiement à soi-même est concevable et possible et on pourrait admettre à la rigueur — pour en revenir à la compensation — que l'acte de celle-ci consisterait en ce que « la partie adverse à la compensation (Aufrechnungsgegner) paie en tant que débiteur, à soi-même en tant que représentant du compensant, qui agit à son tour en tant que créancier et s'en libère par là en tant que débiteur » ⁽²⁾. Mais pourquoi voir dans cette construction — que nous n'admettons pas, mais qui résulte au fond de la théorie de Kohler — une assignation ? Celle-ci suppose de par sa notion même le concours des volontés de trois

(1) V. LIEBKNECHT (*Vorbehaltszahlung*, p. 106).

(2) OERTMANN (*op. cit.*, p. 34).

personnes, puisqu'elle n'est au fond que la réunion de deux mandats (un double « *jussum dand vel promittendi* »). Or, si l'assigné et l'assignataire ne font qu'une seule et même personne, ces deux mandats se neutralisent l'un l'autre, car une assignation du genre : paie toi-même à toi, pour moi — n'aurait aucun sens. L'institution de l'assignation perd toute son importance si l'on élimine la tierce personne : l'assignataire » (1) (*Anweisungsempfänger*).

Ensuite, Kohler prétend que le paiement à soi-même n'aurait besoin d'aucun acte matériel de paiement, puisqu'il devrait être considéré comme accompli « ohne weiters » dès qu'il y a identité entre le payant et le recevant : mais cette affirmation — comme on l'a déjà dit — est sujette à caution. Sans doute, pour en revenir toujours à la compensation — l'auteur estime que l'assigné est obligé, d'après la nature des choses, d'accepter l'assignation : sa volonté n'intéresserait donc plus. Mais, même si l'on suppose que l'assigné se soit décidé pour l'acceptation, on ne voit pas comment le paiement devrait être considéré déjà comme accompli par là, tout simplement à cause de l'identité qui existe entre celui qui doit le recevoir et de celui qui doit le prêter. « Cette simple circonstance, de l'identité, ne peut faire encore apparaître aucun effet de paiement et donc de libération, car même en cas de paiement du représentant qui contracte avec lui-même, on a toujours besoin d'un « procédé apparent et contrôlable » (2). « La disparition de l'acte de paiement en cas de « *Eigenzahlung* » et telle qu'elle se présente dans le commerce juridique : disparue n'est que la nécessité d'un double paiement formaliste (« *realen Hin = un Herzahlen* »), mais non point l'acte même de prestation. Un paiement sans aucune sorte d'acte de paiement (« *Zahlungsgeschäft* ») n'est aucun « *Eigenzahlung* », mais seulement un paiement fictif, donc — dans le sens de la construction de Kohler qui ne veut pas travailler avec des fictions — il n'est pas un paiement » (3).

51. En conclusion, l'*Anweisungstheorie* semble inac-

(1) LIPPMANN (*op. cit.*, Bd. 43, p. 515).

(2) RÜMELIN (*Selbstkontrahieren des Stellvertreters*, p. 108) cité par OERTMANN (*op. cit.*, p. 35).

(3) OERTMANN (*op. cit.*, p. 35).

ceptable, car il paraît vain de vouloir faire entrer la compensation dans le domaine de l'assignation ⁽¹⁾ : s'il eût été possible et exact de le faire, c'est la loi elle-même qui l'aurait fait en ne consacrant plus à la compensation un chapitre spécial. En réalité, la différence reste grande entre les deux institutions juridiques : « l'assignation s'occupe surtout des sommes d'argent et non des droits de créance dont ces sommes représentent la valeur économique : par contre, la compensation ne s'occupe qu'apparemment du paiement de sommes d'argent, car elle va plus profondément, jusqu'aux droits de créances eux-mêmes » ⁽²⁾.

Il paraît donc plus probable, que si *Kohler* a construit sa théorie sur la compensation, c'est plutôt pour en tirer — sur un point particulier — une conséquence pratique, dont il est l'un des principaux défenseurs ⁽³⁾. En effet, on sait qu'en ce qui concerne d'abord l'assignation, on admet généralement qu'elle n'a pas besoin d'avoir comme support une dette réelle de l'assigné envers l'assignant, car si l'assignation est acceptée, elle serait opérante même sans une pareille dette « *Anweisung auf Kredit* ». Or, *Kohler* estime qu'il en devrait être de même en cas de compensation : celle-ci aussi devrait être possible contre une dette inexistante, sous la seule réserve d'un droit de répétition pour le compensant, dont la créance resterait ainsi définitivement éteinte : « ... Il résulte, conclut-il en effet quelque part, que la compensation produit l'extinction de la créance du compensant (*Aufrechnungsforderung*) même si la créance adverse (*Hauptforderung*) n'existait pas : on aura en ce cas tout simplement un droit de répétition pour enrichissement injuste » ⁽⁵⁾. Mais, combien est-elle fausse, cette conclusion — et combien est-elle en désaccord avec les textes du BGB, nous l'avons déjà montré dans le chapitre précédent.

(1) D'ailleurs, l'« *Anweisungstheorie* » paraît aussi en contradiction avec la « *Vinkulierungstheorie* », dont l'auteur est également KOHLER. Car par cette dernière construction l'auteur a voulu donner une base constructive à la rétroactivité. Or, l'assignation paraît s'opposer à cela, car « je peux assigner mon débiteur à se payer à lui-même, mais non à s'être déjà payé à lui-même ».

(2) LIPPMAHN (*op. cit.*, Bd. 43, p. 517).

(3) V. *supra*, p. 67.

(4) KOHLER (*Lehrbuch*, II, pp. 208, 210).

52. — « *Eigenbefriedigungstheorie* », Discussion. —

A la « *Leistungstheorie* » qu'on vient d'examiner et qui voit dans l'acte de compensation une prestation accomplie en tant que débiteur agissant en vue de se libérer de sa dette — on a opposé la conception, à laquelle nous avons déjà fait allusion, et selon laquelle l'acte de compensation représenterait plutôt un acte de créancier (*Gläubigerakt*), c'est-à-dire un acte accompli par le compensant agissant en tant que créancier, qui veut obtenir un désintéressement pour sa créance. Dans cette dernière conception, la compensation signifierait donc un moyen pour le compensant de faire valoir sa créance et ce moyen serait analogue au recouvrement, puisqu'il accorderait un désintéressement certain et même plus sûr que celui procuré par le recouvrement, car ce dernier moyen pourrait se heurter quelquefois à l'insolvabilité du débiteur.

Cette théorie — qui voit dans la compensation un désintéressement privé (« *Selbstbefriedigung* » (ou « *Eigenbefriedigung* ») du compensant — cherche à s'appuyer, elle aussi, sur des textes légaux où, pense-t-on, apparaîtrait mieux ce côté de notre institution. Ainsi, par exemple, on fait appel à l'article 770 alinéa 2 BGB, qui parle de « la possibilité du créancier de se désintéresser par la compensation... » ⁽¹⁾. Puis, on invoque l'article 209, 3 BGB où la compensation serait mise en commun avec les actes d'exécution ; ensuite, la disposition de l'article 406 BGB — ainsi qu'un certain passage des Motifs ⁽²⁾, qui compare la compensation à une « *Selbstexecution* ». Enfin, on fait allusion au traitement de la compensation en cas faillite : on sait en effet qu'en droit allemand, la faillite n'empêche pas la compensation, comme en droit français — et que par contre l'article 53 de la loi sur les faillites permet au créancier, qui a la possibilité de compenser, de se désintéresser intégralement ⁽³⁾ par ce moyen et non pas seulement jusqu'au montant du dividende commun — sans être obligé pour cela de produire sa créance à la procédure de la faillite. Il reste

(1) A propos de cet article, voir aussi *infra*.

(2) Bd. 2, p. 113.

(3) C'est-à-dire jusqu'à concurrence de sa dette envers le failli.

donc en dehors de la masse : c'est pourquoi on a appelé la compensation en cas faillite un désintéressement ou règlement séparé (« abgesonderte Befriedigung ») ⁽¹⁾.

53. Tels sont les arguments de texte sur lesquels veut s'appuyer cette « *Eigenbefriedigungstheorie* » qui prétend, comme on l'a vu, que la compensation serait principalement et essentiellement « désintéressement » de celui qui compense. Mais ces arguments sont loin d'être sans réplique — bien qu'il soit vrai tout d'abord que l'article 770 alinéa 2 BGB semble parler en faveur d'un « *Eigenbefriedigung* » du créancier. On pourrait toutefois répondre que le législateur a eu raison de parler là comme il l'a fait : car la justification de l'exception accordée à la caution par cet article, se trouve justement dans la considération que le créancier poursuivant aurait dû d'abord utiliser sa possibilité de compenser contre le débiteur principal. Les paroles de la loi pourraient être reconnues même par la « *Leistungstheorie* », car celle-ci ne conteste aucunement que la compensation peut et apporte régulièrement un désintéressement à celui qui compense — seulement elle estime que ce désintéressement n'est qu'une *conséquence médiate et possible de l'acte de compensation*. Cependant, en l'occurrence, cette simple possibilité suffit à décharger la caution poursuivie — d'où l'exception que lui accorde la loi.

En ce qui concerne le passage cité des Motifs, il est vrai ici encore que ce passage compare la compensation à une sorte d'exécution privée (*Selbstexecution*), mais il convient néanmoins d'ajouter, que ces mêmes Motifs déclarent par ailleurs plus explicitement que par la compensation « le compensant impose à l'autre partie un désintéressement légalement possible et qu'il se désintéresse lui aussi par là, en même temps » ⁽²⁾.

Quant à l'article 406 BGB, aucun argument ne saurait en être tiré en faveur de l'« *Eigenbefriedigungstheorie* », car si l'on peut reconnaître que dans cette hypothèse la partie adverse à la compensation (le cessionnaire) n'est pas désin-

(1) Motifs à la loi impériale sur les faillites, p. 213.

(2) Mot., Bd. 2, p. 109.

téressée par la compensation, il faut reconnaître également que le débiteur compensant ne l'est pas non plus, puisqu'il n'est pas créancier du cessionnaire. En réalité, « il ne s'agit ici d'aucune opération de paiement » *Zahlungsgeschäft* » ⁽¹⁾ et la disposition légale s'explique plutôt par des raisons spéciales d'équité, sur lesquelles nous reviendrons un peu plus loin ⁽²⁾.

Reste la compensation en cas de faillite et on ne saurait pas nier que dans cette circonstance, on ait envisagé plutôt la situation du compensant en tant que créancier. Ce sont d'ailleurs les Motifs à la loi impériale sur les faillites, — eux-mêmes — qui déclarent : « En faillite, c'est le point de vue du créancier qui donne de l'importance à la compensation... Pour lui, la compensation représente une garantie (*Deckung*) comme la rétention et le droit de gage » ⁽³⁾. Ceci veut dire sans doute, que dans la faillite, la compensation poursuit moins le but d'éviter le paiement que celui d'accorder une garantie au créancier pour sa créance envers le failli. Et c'est d'ailleurs en raison de cette garantie que la compensation reste permise en cette hypothèse, qui est sûrement une hypothèse exceptionnelle, où pour des raisons d'équité on ne veut pas faire perdre à un créancier la possibilité déjà acquise par lui d'obtenir pour sa créance plus que le dividende commun. Qu'il s'agisse bien ici d'une hypothèse exceptionnelle, le prouve suffisamment le fait que la compensation est réglementée un peu différemment que d'habitude et que *ses conditions surtout sont beaucoup plus larges qu'elles ne le sont d'ordinaire* ⁽⁴⁾.

54. C'est dire qu'on ne saurait conclure de cette hypothèse particulière à la nature de la compensation unilatérale : celle-ci ne peut être essentiellement désintéressement du compensant, pour la bonne raison que *ce n'est pas par voie de compensation qu'un titulaire de créance veut*

(1) SIBER (*op. cit.*, p.).

(2) V. *infra*, p.

(3) « Motive zum KO ».

(4) Car par exemple la condition, le terme, la non-identité des créances n'empêchent pas la compensation en cas de faillite (V. art. 53-56 KO).

d'abord faire valoir celle-ci. Aux yeux du compensant, la voie de la compensation représente plutôt un moyen par lequel en sacrifiant sa propre créance il peut atteindre sa libération. C'est pourquoi la compensation de cette créance ne saurait être considérée que comme un moyen et non pas comme un but, comme le veut l'« *Eigenbefriedigungstheorie* ». D'ailleurs, si, comme l'enseigne cette dernière conception — la compensation était essentiellement et principalement désintéressement du compensant, elle devrait l'être toujours, ce qui n'est pas le cas. Car, elle ne l'est pas dans l'hypothèse prévue par l'art. 391 al. 1 BGB (où le compensant doit une indemnité uniquement pour le fait d'avoir compensé) ; elle ne l'est pas non plus — et surtout — dans les soi-disants « *Ablösungsfälle* » (cas d'intervention) où le compensant désintéresse le créancier et acquiert ainsi, par là, la créance de celui-ci. Dans ces cas d'intervention, il est évident que la compensation ne mène pas au désintéressement immédiat du compensant : celui-ci acquiert plutôt une autre valeur, qui est justement la créance adverse éteinte par compensation. Ce transport parle contre l'« *Eigenbefriedigungstheorie* », car si la compensation désintéressait ici le compensant, il n'y aurait plus de place, ni de nécessité pour l'action en recours de celui-ci. Précisément parce que l'intervenant n'est pas désintéressé par l'acte de compensation, a-t-il encore besoin d'un recours contre celui pour lequel il a compensé : en d'autres termes, la « *cessio legis* » ne fait que compléter la compensation, qui n'a pas désintéressé en cette hypothèse le compensant. Mais, si le désintéressement de celui-ci était de l'essence de la compensation, il devrait se produire dans tous les cas.

55. — « **Kombinationstheorie** ». — Pour toutes ces considérations, l'« *Eigenbefriedigungstheorie* » semble devoir être laissée de côté ; son seul mérite consiste pourtant dans le fait d'avoir mieux attiré l'attention sur la double face de la compensation. Cette dernière idée — qui a fait comparer la compensation à une tête de Janus — forme d'ailleurs l'objet d'une troisième conception en ce domaine et qui représente en réalité le juste milieu entre les deux précédentes. Cette théorie moyenne est exprimée par exem-

ple dans les paroles suivantes de Heck : « La nature propre de la compensation — déclare cet auteur — c'est qu'elle satisfait à la fois les intérêts du compensant et ceux de la partie adverse. Elle est à la fois un « *Eigenbefriedigung* » et une « *Leistung* » (un « *Schuldnerakt* » et un « *Gläubigerakt* »). Lequel de ces deux côtés, est le but final (*Endzweck*) que se propose le compensant — ceci ne peut être décidé que d'après les circonstances de fait, car celles-ci peuvent être différentes » ⁽¹⁾. Cet auteur renonce donc à avoir à ce sujet une opinion unitaire et met sur le même rang le point de vue du débiteur et celui du créancier. Or, cette affirmation est en contradiction avec l'idée que nous estimons incontestable, à savoir, que la compensation unilatérale est une institution organisée surtout au profit du débiteur. Idée que semble d'ailleurs admettre même Reichel, auteur qui partage par ailleurs cette conception moyenne, dont nous venons de parler : « La compensation — dit-il en effet, — représente du point de vue du débiteur, un moyen de se libérer d'autorité (*Befreiungsaufrechnung*) et du point de vue du créancier, un moyen de se créer un désintéressement par soi-même (*Befriedigungsaufrechnung*). Le fait que le BGB regarde la compensation plutôt du point de vue du débiteur, peut faire aisément oublier cette double nature. Raison de plus pour ne pas la perdre de vue » ⁽²⁾. Mais raison également — ajoutons-nous — de ne pas la surestimer : c'est pourquoi nous pensons que c'est la « *Leistungstheorie* » qui est en principe exacte, mais qu'elle peut être corrigée — dans ce qu'elle aurait de trop rigoureux — par cette théorie moyenne ⁽³⁾.

56. Comment a-t-on conçu maintenant, ce désintéressement du compensant — qui serait l'effet médiate selon les uns, selon les autres, l'effet immédiat et essentiel de la compensation ? On a déjà vu qu'on l'a comparée à une exécution privée (« *Selbstexecution* ») ⁽⁴⁾ ou à une exécution for-

(1) HECK (*op. cit.*, p. 188). V. aussi FEDER (*op. cit.*, p. 483).

(2) REICHEL (*Iherings I*, Bd. 60, p. 58).

(3) LANDEAU (*op. cit.*, p. 36), SIBER (*op. cit.*, p. 137), etc.

(4) Mot. Bd. 2, p. 113.

cée (*Zwangsvollstreckung*) ⁽¹⁾, mais c'est Leonhard, l'auteur qui — semble-t-il — a donné la construction la plus complète à ce propos.

Selon Leonhard, le droit de compensation ferait partie de la grande catégorie des « *Zwangsrechte* » (droits de contrainte), dont le caractère juridique consisterait dans la possibilité d'empiéter ou d'intervenir (*eingreifen*) dans le patrimoine du débiteur, sans le consentement de celui-ci. Et c'est à l'intérieur de cette catégorie que se trouverait le « *zwangsweise Verwertungsrecht* » ⁽²⁾ auquel on assimile le droit de compensation. Le « *zwangsweise Verwertungsrecht* » — dit Leonhard — « consiste dans la faculté que possède le créancier de transporter dans son patrimoine la valeur d'un objet patrimonial de l'autre partie, soit en capital, soit en revenus ». Et l'auteur poursuit : « Chaque *Verwertungsrecht* a pour but de désintéresser son titulaire pour sa prétention. Toutes ces particularités se retrouvent dans la compensation. Elle aussi contient la faculté d'intervenir d'autorité dans le patrimoine de l'adversaire ⁽³⁾ ».

Leonhard conçoit donc en quelque sorte ce « *Zwangsverwertungsrecht* » comme un aspect particulier du droit général de gage, que le créancier possède sur le patrimoine du débiteur. C'est dans ce sens qu'il déclare d'ailleurs : « Pour réaliser ma créance, je peux mettre à profit (*verwerten*) tous les éléments patrimoniaux de mon débiteur — donc aussi la créance qu'il possède contre moi —. Je pourrais la faire saisir judiciairement, mais cette procédure judiciaire est supprimée ici parce qu'inutile. On accorde exceptionnellement au créancier le droit de procéder à une exécution de sa propre autorité (*eigenmächtig*). Dans la compensation est contenue donc une « *Zwangsverwertung der eigenen Schuld* » (mise à profit d'autorité de sa propre dette). Ainsi s'explique pourquoi le compensant peut l'accomplir unilatéralement et pourquoi la compensation n'est pas permise contre une créance insaisissable. Et aussi pourquoi la com-

(1) SIBER (*op. cit.*, p. 137).

(2) « Eine besondere Art des Zwangsrechts, ist das zwangsweise Verwertungsrecht » (*Archiv. f. b Recht*, Bd. 21, p. 208).

(3) LEONHARD (*Allgemeines Schuldrecht*, p. 615).

pensation est traitée dans la faillite comme un désintéressement séparé (« *abgesonderte Befriedigung* ») (1).

57. Parfois on a voulu identifier cette notion de « *Zwangsverwertungsrecht* » à celle de « *Pfandrecht an der eigenen Schuld* » (droit de gage sur sa propre dette) : c'est la théorie dont le principal représentant est *Weigelin* (2). Sans doute même *Leonhard* établissait une certaine analogie entre ces deux notions, mais sans aller toutefois jusqu'à leur identification. C'est pourquoi la théorie de *Weigelin* est généralement restée sans écho (3), car il ne peut y avoir de droit de gage légal, que là où la loi l'établit elle-même : or la loi n'en parle pas ici. Et à juste titre, d'ailleurs, car l'opposition reste grande entre la compensation (telle que nous la concevons) et le « *Pfandrecht* » : la première sacrifie une créance propre du compensant pour éteindre celle de l'adversaire, tandis que le droit de gage sert uniquement pour le désintéressement d'une créance propre et pour la garantie de ce désintéressement.

58. Enfin, on a voulu trouver un autre fondement au droit de désintéressement unilatéral du compensant : on a prétendu qu'il ne serait qu'un cas spécial de ces moyens de défense personnelle (« *Selbsthilfe* ») dont parle l'article 229 BGB (4) (5). Mais cette opinion semble elle aussi inacceptable, pour la raison surtout que ces moyens dont il s'agit sont limités à certains cas de nécessité ; ensuite, parce qu'ils n'ont pas pour but de désintéresser, mais simplement de garantir et de forcer le désintéressement. Enfin ces actes ne sont permis qu'avec certaines conditions et avec certaines formes, ce qui n'est pas tout à fait le cas pour la compensation unilatérale.

(1) *Ibid.*, p. 616.

(2) (*Op. cit.*, p. 39).

(3) V. contre elle : STÖLZEL (*op. cit.*, p. 12), NOLTE (*Diss.*, p. 135), etc.

(4) V. GÖTTE (*Archiv. f. b Recht*, Bd. 17, p. 124).

(5) En effet, le BGB a fait une certaine place à la justice privée et à la légitime défense, ce qui n'est pas pour nous surprendre, vu que l'Allemagne a été de tout temps la terre classique de la nécessité. Cependant il importe à ne pas se méprendre sur la portée des dispositions dont il est question. Il suffit pour cela de rappeler que c'est dans le même chapitre que se trouve le célèbre article sur l'abus de droit (Art. 226).

59. En conclusion, la compensation représente un « Leistungsakt » destiné à éteindre la dette du compensant par le désintéressement que celui-ci impose à la partie adverse. Mais la compensation n'est pas seulement prestation, puisqu'en sacrifiant sa propre créance, le compensant est sûr d'obtenir lui-même un désintéressement par ce moyen. Cette affirmation ne conduit aucunement à l'« Eigenbefriedigungstheorie », mais plutôt à la « Kombinationstheorie », car si le compensant est régulièrement désintéressé, il ne l'est qu'indirectement et en tant que débiteur libéré de sa dette : il peut même ne pas l'être dans les cas d'intervention où le compensant acquiert une nouvelle créance justement parce qu'il n'est pas désintéressé par l'acte de compensation.

DEUXIEME PARTIE

CONSÉQUENCES ET CRITIQUE DU SYSTÈME DE COMPENSATION DU CODE CIVIL ALLEMAND

60. Tel qu'il résulte des dix articles contenus dans le 3^e titre du 2^e livre du BGB — ainsi que d'un assez grand nombre d'autres articles, insérés ici et là dans tout le code — le système allemand de compensation n'échappe point — lui, pas plus que les autres — à de nombreuses critiques. Car l'idée initiale de ce système de compensation — l'idée qui est à la base même de la conception dont il s'inspire, c'est-à-dire de compensation unilatérale — semble avoir été abandonnée peu à peu (en invoquant, à tort ou à raison, la pression des nécessités pratiques) dans certaines dispositions, qui ne paraissent pas dans un parfait accord logique et juridique avec elle. Sans doute, rien n'est plus vrai que la complexité de la vie pratique ne convient pas aux systèmes trop rigides ou trop logiques et que le législateur est souvent amené — pour éviter justement que ce décalage ne devienne par trop marqué — ce qui le rendrait dangereux — à prendre des attitudes ou à tirer des conséquences moins en accord avec les principes qu'il s'est au début assignés, mais plus en harmonie avec les nécessités auxquelles il croit trouver une solution satisfaisante. Quoi qu'il en soit, l'étude de ces inconséquences — tant de celles consenties par nécessité, que de celles commises par inadvertance — ne saurait être dépourvue de tout intérêt, ne serait-ce que parce qu'elle cherche à rassembler en vue

d'une confrontation d'ensemble toutes les considérations qui ont présidé à la rédaction des dispositions en cause, dont l'interprétation exacte se trouvera de ce fait énormément facilitée.

Sans doute, nous ne saurions entreprendre ici l'examen complet de tous les points critiquables du système de compensation du BGB. Nous nous bornerons à en relever les plus importants et ceux dont la conciliation avec l'esprit fondamental de ce système nous semble être la plus difficile à faire. Toutefois, avant, convient-il de rendre justice — en quelque sorte — au législateur allemand en disant quelques mots à propos de deux questions, dont la solution indiquée par lui — de façon expresse ou tacite — est celle qui paraît la plus appropriée et la plus conforme à cet esprit fondamental, que nous venons de mentionner. Justice d'autant plus méritée que sur l'un de ces deux points, le législateur français a été sûrement moins logique et moins fidèle au système de compensation — d'ailleurs différent — qu'il a jugé bon d'adopter.

TITRE PREMIER

CONSÉQUENCES DU SYSTÈME ALLEMAND DE COMPENSATION

CHAPITRE PREMIER

PAS DE DROIT DE REPETITION POUR CELUI QUI A PAYÉ SA DETTE DANS L'IGNORANCE DE SA FACULTÉ DE COMPENSATION

61. De tout ce qu'on vient de dire jusqu'ici, on a pu se rendre compte que le BGB a entièrement laissé aux parties intéressées la charge et le droit de provoquer la compensation de leurs créances par une simple déclaration unilatérale, donnée à n'importe quel moment et n'importe où (c'est-à-dire aussi bien au cours d'une instance, qu'en dehors de toute poursuite) à condition bien entendu que les conditions indispensables à la compensation soient encore réunies à ce moment là.

On a vu également, que cette déclaration de compensation est un acte juridique proprement dit (*Rechtsgeschäft*) et que c'est par conséquent lui qui éteint les créances réciproques, *sans que celles-ci subissent aucune modification du fait de leur simple coexistence.*

Pourtant cette conception sur l'accomplissement de la compensation et sur la *détermination exacte du moment auquel l'effet extinctif se produit*, ne semble pas être partagée par tout le monde, si bien que même aujourd'hui, toute la difficulté du problème consiste dans le fait de

savoir, comment il faut concevoir les rapports entre la « *compensabilité* » ⁽¹⁾ (« *Aufrechenbarkeit* » ou « *Aufrechnungslage* ») et la *déclaration de compensation* (*Aufrechnungserklärung*). Les théories qui se sont affrontées sur ce point pourraient être divisées pour la commodité de l'étude en deux grandes catégories : celles qui mettent l'accent sur la réciprocité des créances sujettes à compensation et celles qui accordent leur préférence à la déclaration de compensation, en lui attribuant — principalement ou uniquement — la vertu extinctive ⁽²⁾. C'est sans doute parmi ces dernières théories qu'on pourra trouver la réponse exacte à la question que nous venons de poser, car elles seules correspondent à la véritable conception de compensation du législateur allemand de 1900, même si l'on trouve dans le BGB des dispositions qui pourraient faire peut-être penser que les opinions adverses ne seraient pas en entier dépourvues de fondement. En réalité, ces dispositions — dont celle qui prescrit la rétroactivité de la déclaration de compensation est la plus invoquée — sont à considérer plutôt — au point de vue logique et juridique — comme des inconséquences à un système, dont les principes sont d'ailleurs clairement exposés dans les articles 387 et 388 BGB. Cette affirmation sera approfondie dans les chapitres qui suivent : ici nous la prenons comme telle, pour parler d'une autre question, qui n'en est au fond qu'une simple conséquence. Cette conséquence — bien que reconnue par la Jurisprudence, d'une manière catégorique et qui semble définitive, à peine en 1928 — n'aurait pas dû faire de doute dès le lendemain de l'entrée en vigueur du BGB, car elle découle logiquement aussi bien de ses textes que de ses travaux préparatoires.

En effet, puisque, dans la conception actuelle de compensation, la coexistence laisse subsister les créances réciproques sans changement aucun, jusqu'à la déclaration de compensation — la partie qui a payé entre temps sa dette, en ignorant la possibilité qu'elle avait de l'éteindre par compensation, ne peut avoir aucune « *condictio indebiti* »,

(1) On entend par là, le rapport juridique qui existe entre deux personnes, dont les créances opposées réunissent toutes les conditions pour pouvoir être éteintes par compensation.

(2) V. aussi *infra*, p.

pour la simple raison qu'elle n'a point payé un « *indebitum* » — vu que la simple réciprocité de fait des créances respectives ne possède plus — de par elle-même — aucune vertu extinctive et qu'aucune déclaration de compensation n'avait pas encore été donnée.

Telle est la question, dont l'examen formera l'objet de ce chapitre, et il convient de dire dès maintenant qu'elle présente non seulement un indéniable intérêt théorique, mais aussi — et surtout — un gros intérêt pratique.

62. Disons également qu'il paraît compréhensible que la solution donnée à ce problème par le système de compensation unilatérale soit forcément différente de celle qu'adoptaient sur le même point le droit romain ou le droit commun (législations qui accordaient — comme on sait — leur préférence au système de compensation judiciaire). En effet, le droit romain paraît avoir reconnu une « *condictio indebiti* » au « *solvens* » qui avait payé une dette pour laquelle une extinction par compensation était possible. La source principale à ce sujet est constituée sans doute par le fragment d'*Ulpien*, qui déclare : « ...*Si quis igitur compensare potens solverit condicere poterit quasi-indebito soluto* ») (1).

Cette solution n'est pas pour nous surprendre, car le droit romain attachait vraisemblablement à la simple coexistence des créances réciproques, une importance plus grande que celle que lui accorde le système actuel. Et quelle que fût la signification du célèbre « *ipso-jure compensari* », il paraît infiniment probable — malgré les arguments de *Leonhard* — que la compensation à Rome n'ait jamais eu le caractère « *rechtsgeschäftlich* » (d'acte juridique) qu'elle possède sans conteste aujourd'hui.

Quoi qu'il en soit, la solution romaine — à propos du « *solvens* » dont il est question — passa dans le droit commun allemand, où en dehors de la théorie absolue de *Martinus*, il y avait — dans le domaine de la compensation — l'« *Affektionstheorie* », qui enseignait que si la simple coexistence des créances réciproques n'a jamais eu et

(1) L. 10 § 1 D. de compensationibus § 16. 2. V. aussi: L. 30 D. de condictione indebiti, 12, 6.

qu'elle ne peut avoir une vertu extinctive automatique — elle produirait néanmoins une « *exceptio perpetua* » qui paralyserait et affaiblirait — en quelque sorte — les créances en cause ⁽¹⁾. Il paraît évident que pour la conception qui est à la base de ces deux théories, une « *condictio indebiti* » en faveur de celui qui a payé sa dette sans connaître la possibilité de compensation, apparaissait toute logique, et la preuve en est qu'elle était effectivement acceptée par leurs partisans. Et — ce qui plus est — elle était acceptée même par ceux (comme *Eisele* ⁽²⁾, *Schwanert* ⁽³⁾, etc... qui ne partageaient entièrement aucune de ces théories mentionnées et qui ne pensaient donc pas, que ce droit de répétition aurait eu son fondement dans une extinction ou affaiblissement réciproque des créances provoqué par le simple fait de leur coexistence. Ces auteurs estimaient plutôt que la dite « *condictio* » avait en réalité la signification d'une compensation ultérieure qui laissait apparaître comme « *indebitum* », ce qu'on avait payé avant ⁽⁴⁾.

Autrement dit, il semble qu'on estimait pouvoir enlever ultérieurement la cause d'un paiement valablement accompli au moyen d'une déclaration de compensation, dont l'effet extinctif rétroagit jusqu'au moment de la coexistence des créances. Mais, cette argumentation reposait vraisemblablement sur un malentendu, car une déclaration de compensation supposait en droit commun — comme aujourd'hui d'ailleurs — l'existence réelle de deux créances réciproques. Or, cette condition n'existait plus par hypothèse, puisque l'une des créances était déjà éteinte par un paiement régulièrement accompli. Ceci ne veut pas dire que le droit antérieur ne devait accorder un droit de répétition en pareilles circonstances : il l'accordait d'ailleurs effectivement, mais en s'appuyant plutôt sur la vertu extinctive ou paralysante de la coexistence des créances réciproques.

63. Avant de passer à l'examen de l'aspect actuel de notre problème, il importe de faire connaître — tant soit peu —

(1) V. *infra*, p.

(2) *Op. cit.*, pp. 162 et 263.

(3) « Die Compensation nach römischen Rechte », p. 12.

(4) «es liege in ihr die Bereiterklärung zur Compensation und diese lasse das Gezahlte als ein « *indebitum* » erscheinen » (*EISELE, op. cit.*). V. aussi *APPLETON, op. cit.*, p. 202.

son importance pratique, car nous avons déjà dit que la « *condictio indebiti* » présente pour le « *solvens* » dont il s'agit un intérêt parfois considérable.

A première vue, cette importance et cet intérêt peuvent ne pas apparaître très clairement : en effet, on pourrait à la rigueur penser que c'est indifférent — en définitive — pour une partie si elle peut déclarer la compensation ou si elle paie sa dette effectivement, exigeant également paiement effectif de la partie adverse. C'est peut-être pour cette considération que certains auteurs du droit antérieur n'attachaient pas un grand prix à la « *condictio indebiti* » en ce domaine ⁽¹⁾. L'utilité de celle-ci n'apparaissait avec évidence que dans l'hypothèse où le débiteur d'une dette produisant des intérêts l'avait effectivement payée (en capital et intérêts dus), alors qu'il aurait pu l'éteindre par compensation au moyen de sa contre-crédance, qui n'en produisait pas ou qui en produisait, mais à un taux inférieur. Vu la rétroactivité de la compensation — c'est-à-dire, l'arrêt du cours des intérêts à partir du moment de la réciprocité des dettes — notre débiteur aurait pu épargner par cette dernière voie *au moins la somme qu'il a payée comme intérêts* ⁽²⁾. Il pourrait encore le faire si — en lui accordant une « *condictio indebiti* », qui rétablirait le « *statu quo* » antérieur — une compensation ultérieure devenait de ce fait possible.

Mais l'utilité du droit de répétition dont il est question est devenue sans conteste plus grande aujourd'hui, du fait de la disposition du BGB qui permet d'*opposer en compensation même une créance prescrite* (à condition qu'elle ne l'ait pas encore été, au moment où elle s'est trouvée coexister avec la créance de l'autre partie) ⁽³⁾. On comprend sans peine que celui qui a payé une dette qu'il aurait pu éteindre par compensation au moyen d'une contre-crédance, dont la prescription — accomplie déjà au moment du paiement ou accomplie depuis — empêche toute autre utilisation ou

(1) V. p. ex. EISELE (*op. cit.*, p. 267) qui déclare — à ce propos — que le « *condictio indebiti* » était sans importance pour le droit commun.

(2) Et il en serait de même, pour les clauses pénales ou les intérêts moratoires payés dans les mêmes conditions.

(3) Art. 390 BGB. (V. aussi *infra*, p.).

poursuite judiciaire, aura grand intérêt à une sorte de « *restitutio in integrum* », afin qu'il puisse encore ultérieurement faire valoir par compensation la créance pour laquelle il ne recevait autrement rien.

Une situation également intéressante peut se présenter en matière de faillite : on sait que le droit allemand ⁽¹⁾ — à la différence de celui français ⁽²⁾ — permet à un débiteur de refuser le paiement de sa dette envers le failli en alléguant une créance qui lui appartient contre lui. Cette faveur accordée au débiteur qui est en même temps titulaire d'une contre-crédance réciproque lui permettra d'obtenir pour celle-ci, un désintéressement complet (bien que par compensation), tout en restant en dehors de la procédure de la faillite (*Konkursverfahren*), alors que les autres créanciers devront s'y joindre et se contenter du dividende commun.

Supposons maintenant que le débiteur dont il s'agit, ait intégralement payé à la masse sa dette envers le failli : il sera obligé alors de se contenter — lui aussi — pour sa contre-crédance (qu'il avait ignorée au moment du paiement) — du dividende commun, et inférieur en tout cas au montant de cette créance. Son intérêt sera donc quelquefois considérable, à pouvoir récupérer par une compensation ultérieure la différence qu'il a perdue à son insu.

Mais pourrait-il le faire encore ? Toute la question est là, et nous touchons ainsi au problème central, qui formera l'objet de ce chapitre. Si ce problème est très discuté, c'est surtout parce que le BGB, moins prudent peut-être que les sources romaines ou le Code civil français, ne lui a consacré aucune disposition spéciale. Et bien que les travaux préparatoires en parlent assez clairement, des controverses sont nées sur ce point dès le lendemain de l'entrée en vigueur du nouveau code. Elles ne se sont arrêtées d'ailleurs, ni au moment où la Jurisprudence a reconnu d'une façon

(1) Art. 52-56 de la loi impériale sur les faillites (KO). Dans le même sens, le Code fédéral suisse des obligations (Art. 136, 137) et la loi autrichienne sur les faillites (Art. 20).

(2) Car le législateur français part du point de vue de l'égalité absolue qui doit régner entre les créanciers. Pourtant, la jurisprudence admet à ce principe quelques exceptions — p. ex. celle qui vise les créances connexes, etc.

expresse, la seule solution logique et compatible avec les nouveaux principes de la matière.

64. Le point de départ de nos développements doit être constitué sans doute — puisqu'il s'agit d'une « *condictio indebiti* » — par les textes légaux sur l'enrichissement injuste (« *ungerechtfertigte Bereicherung* »).

Le législateur allemand a consacré, à cette importante et délicate question, une dizaine d'articles substantiels ⁽¹⁾ (alors que le Code civil français ne lui en a consacré que six ⁽²⁾), dont les dispositions d'ailleurs ne se rapportent pas directement au principe de l'enrichissement injuste, mais seulement à ce qui peut en être considérée comme une application particulière : le paiement de l'indû). Des dix articles mentionnés, il n'y en a que deux (art. 812 et 813 BGB) qui nous intéressent plus particulièrement ici, car on va examiner si les conditions prescrites par ces deux dispositions, se trouvent réunies dans l'hypothèse qui forme l'objet du présent chapitre — réunion qui serait indispensable pour qu'un droit de répétition puisse être accordé en ce cas.

Le premier des articles cités (812) est rédigé comme suit : « *Quiconque, par prestation faite par une autre personne ou de tout autre manière, fait une acquisition sans cause juridique aux dépens de cette autre personne, est obligée vis-à-vis d'elle à restitution. Cette obligation existe même lorsque la cause juridique disparaît ultérieurement, ou que le résultat poursuivi au moyen d'une prestation telle qu'elle ressort du contenu de l'opération juridique ne se réaliserait pas.* »

Est également considérée comme prestation, la reconnaissance contractuelle de l'existence ou de la non-existence d'un rapport d'obligation. ».

On retrouve dans le premier alinéa de cet article, l'énumération de presque toutes les catégories d'enrichissement injuste, connues déjà par le droit romain : *sine causa, causa finita, causa data, causa non secuta*. Si l'on voulait les résu-

(1) Art. 812-822 BGB.

(2) Art. 1376-1381 Code civ. f.r

mer d'un mot, on pourrait dire que la loi exige l'existence d'un « *indebitum* ». Il nous reste à voir maintenant s'il y en a vraiment un dans l'hypothèse d'un paiement accompli régulièrement après le moment où deux créances, devenues compensables, se sont trouvées coexister — et avant toute déclaration de compensation.

La réponse négative paraît s'imposer, car elle seule est compatible avec les idées fondamentales que le BGB professe en matière de compensation. En effet — on l'a déjà vu et on le verra encore plus longuement dans un prochain chapitre — le Code civil allemand n'a attaché aucun effet extinctif à la simple réciprocité de fait des créances, réciprocité qui ne fait naître en réalité que le droit d'émettre une déclaration de compensation : or, *par ce droit, les créances sont tout aussi peu modifiées qu'elles le sont par le simple droit de paiement*. Ce n'est que la compensation accomplie (c'est-à-dire, la déclaration de compensation) — comme le paiement accompli — qui opérera l'extinction des créances respectives. Les Motifs déclarent d'ailleurs de façon expresse à ce sujet : « *Avant l'accomplissement de la compensation, les créances réciproques restent sans aucune modification du fait de leur coexistence* » ⁽¹⁾.

Evidemment, la coexistence de ces créances constitue une condition indispensable pour qu'une déclaration de compensation puisse efficacement intervenir, mais l'effet extinctif de celle-ci est — pour ainsi dire — son œuvre exclusive et il n'existait pas déjà à l'état latent, dès le moment de la coexistence, comme l'enseigne *la théorie de l'extinction conditionnelle* ⁽²⁾ (« *Theorie der bedingten Tilgung* »).

65. Mais s'il en est ainsi, le débiteur qui a payé sa dette avant toute déclaration de compensation, a payé une dette parfaitement valable et qui ne saurait être aucunement qualifiée d'« *indebitum* » ⁽³⁾. C'est d'ailleurs la conclusion à

(1) Mot. II, p. 107.

(2) V. *infra*, p.

(3) Cf. PLANCK (*op. cit.*, p. 256), SCHOLLMAYER (*op. cit.*, § 389), LEONHARD (*Allgemeines Schuldrecht*, p. 628), GIERKE (*op. cit.*, p. 172), LANG (*op. cit.*, p. 72), SCHLICHTING (*op. cit.*, p. 30), CLEFFMANN (*Diss.*, p. 1), SIBER (*op. cit.*, p. 134), ECK (*op. cit.*, p. 378), RGR *Kommentar*, § 389.

laquelle aboutissent les Motifs ⁽¹⁾ et les Protocoles ⁽²⁾ eux-mêmes — textes qui sans avoir d'autorité légale, reflètent — comme on sait — l'expression la plus approchée de la volonté et des intentions des rédacteurs du code.

Il paraît donc que l'art. 812 BGB soit ici inapplicable, tant dans la première phrase de son premier alinéa, que dans la seconde, car le résultat envisagé « selon le contenu de l'opération juridique » est atteint, puisque le débiteur est libéré. Le créancier n'a rien obtenu sans cause juridique, puisque sa créance existait pleinement et qu'il a pu ainsi, à bon droit, en exiger ou en recevoir le paiement ⁽³⁾. Il est vrai que le débiteur aurait peut-être évité ce paiement, s'il avait connu la possibilité de déclarer la compensation, et s'il s'agit surtout de l'une des hypothèses où cette dernière voie lui eût été manifestement plus avantageuse. Mais le créancier n'y est pour rien, car il n'y a pas d'obligation légale pour lui, de faire apprendre au débiteur (mis en demeure de payer) qu'il possède une contre-crédence réciproque et que ce moyen lui permettrait de se tirer plus aisément d'affaire.

D'autant plus, que le créancier peut croire, qu'en choisissant la voie de l'exécution, le débiteur a entendu renoncer tacitement à celle de la compensation. Donc, on ne saurait point prétendre que le paiement reçu par le créancier ait manqué de *cause*. Or, puisque ce paiement est valablement accompli, la créance qu'on a voulu désintéresser par lui, reste parfaitement éteinte, si bien qu'une déclaration ultérieure de compensation ne pourrait plus intervenir. Car — on l'a déjà dit — cette déclaration suppose avec nécessité une coexistence de deux créances réciproques

(1) II, p. 109.

(2) I, p. 367.

(3) Sans doute ce raisonnement reste valable tant que le paiement a été accompli régulièrement et que le créancier a été de bonne foi en le recevant. Le fait qu'il aurait connu la possibilité de compensation du débiteur, sans la lui apprendre, n'excluerait pas à lui seul cette bonne foi. Mais il en serait autrement si le créancier recourt à des manœuvres dolosives pour obtenir de son débiteur un paiement réel justement parce qu'il connaît la faculté de compensation de celui-ci et l'avantage qu'il aurait à l'exercer. Dans un pareil cas, le paiement sera annulable pour cause d'erreur ou de dol (art. 119 BGB), ce qui rendra possible une compensation ultérieure.

(art. 387) : l'effet extinctif ne saurait se produire sans la présence concomitante de ces deux facteurs — ce qui revient à dire que tout anéantissement du premier (*de la « compensation » ou de l'« Aufrechnenbarkeit »*) rendra impossible et inefficace le second (*la déclaration de compensation ou l'« Aufrechnungserklärung »*).

66. Malgré la logique de ce raisonnement, il ne paraît pourtant pas qu'il ait été accepté par tout le monde, car on a voulu quelquefois aboutir à une conclusion différente sur ce point, en s'appuyant sur la rétroactivité de la compensation ⁽¹⁾. On reconnaît que le paiement presté est valable puisqu'il a une cause juridique, mais on estime en revanche qu'il serait possible de la lui enlever ultérieurement par une déclaration de compensation — vu la rétroactivité de celle-ci. L'argumentation de cette conception (dont on a déjà vu ⁽²⁾ les traces dans la Doctrine du droit commun) est « grosso-modo » la suivante : la compensation — une fois déclarée — rétroagit jusqu'au moment de la réciprocité des créances, car c'est à partir de ce moment là, que les créances sont réputées éteintes (art. 389) ; donc, si l'on permet encore à notre débiteur de déclarer la compensation même après son paiement — qui à son tour est accompli après la coexistence des créances — la rétroactivité dont il s'agit, enlèvera la cause juridique à ce paiement, presté à un moment où la dette qu'il prétendait désintéresser était déjà éteinte.

Dans cette théorie, la « *condictio indebiti* » résulterait donc indirectement de l'effet rétroactif que possède la déclaration de compensation. On attribue de la sorte, une signification et une application trop étendues, à une disposition qui n'est au fond qu'une fiction, que le législateur allemand a cru devoir accepter pour des raisons d'ordre pratique — et dont une interprétation restrictive aurait été plus indiquée. Il est vrai que les auteurs qui partagent la conception qu'on vient d'exposer, accordent une grande importance à cette rétroactivité, qu'ils ne considèrent nullement comme

(1) V. p. ex. KIPP (*op. cit.*, p. 478).

(2) V. *supra*, p. 108.

une fiction, ni même comme une « anomalie », mais comme la conséquence de l'idée que « la véritable cause de la suppression des créances réciproques réside dans le fait de leur coexistence » (1). Mais cette affirmation est en contradiction formelle avec le texte clair des articles 388 et 389 BGB.

Sans doute, ces auteurs ne vont pas jusqu'à prétendre que les créances seraient déjà éteintes de par leur simple réciprocité et à la seule condition que l'une des parties s'en prévale — comme l'enseigne la théorie de l'extinction conditionnelle — mais ils estiment pourtant que des deux facteurs que suppose la production de l'effet extinctif, c'est sur le premier qu'il convient de mettre l'accent, en donnant ainsi la prépondérance à la « compensabilité ». Quoi qu'il en soit, le raisonnement indiqué plus haut ne saurait être accepté, car il se heurte à l'objection très forte que nous avons déjà formulée : une déclaration de compensation ne peut plus se produire si la coexistence des créances a déjà été anéantie par l'extinction de l'une d'entre elles, extinction produite par un paiement régulier. Comme on l'a fait à juste titre remarquer, cette succession dans le raisonnement : *paiement*, *compensation*, « *condictio indebiti* » est indéfendable logiquement et juridiquement ; seule acceptable — comme base de discussion — serait la voie *paiement*, « *condictio indebiti* », *compensation*, car la répétition rétablirait la coexistence des créances, qui rendrait — à son tour — une compensation ultérieure possible (2).

En fait, on a vu que la « *condictio indebiti* » — elle non plus — ne saurait être accordée dans un cas pareil, vu la conception nouvelle de compensation, et du moins par les arguments que nous avons examinés jusqu'ici. Il est vrai qu'on n'a pas manqué d'en invoquer d'autres : ainsi par exemple, celui que propose Weiglin (3) à ce sujet. Cet auteur estime que le paiement presté par le débiteur dont il est question pourrait être anéanti par une *annulation pour cause d'erreur* (art. 119, al. 1 BGB). En effet — dit-il, en

(1) ENNECERUS (*op. cit.*, p. 240).

(2) V. Süss (DJZ Bd. 40, p. 466).

(3) « *Aufrechnung* », p. 172.

substance — le paiement dans une pareille hypothèse, fait croire à un renoncement, pour cause d'erreur — erreur qui consiste précisément dans le fait qu'il avait cru, à tort, ne pas pouvoir éteindre sa dette que par paiement. Une fois l'annulation du renoncement prononcée, celui-ci sera considéré inexistant « *ab initio* » (art. 142 BGB) ; mais, comme il est inséparable du paiement, celui-ci deviendra nul également (art. 139) et on pourra donc le répéter. Or, puisque cette répétition rétablit la coexistence des créances, rien ne s'opposera plus à la déclaration d'une compensation ultérieure.

Que faut-il penser au juste de la solution proposée par Weigelin ? Tout d'abord, il convient de remarquer, que l'entrée en lice de l'art. 119 BGB ne paraît pas pleinement justifiée. En effet, cette disposition exige que celui qui demande l'annulation d'une déclaration de volonté n'ait pas voulu du tout — à l'époque de l'émission — donner une déclaration du genre de celle qui a été émise ou qu'il se soit simplement trompé de contenu à son sujet. Or, puisque le paiement est un contrat, la déclaration dont il s'agit n'est autre que l'offre de payer, faite par le débiteur à son créancier et sur le contenu de laquelle le premier prétend s'être trompé. Mais — et ici c'est le point central du problème — *la perte du droit de compensation n'est pas « contenu » de l'offre d'exécution : elle n'est que conséquence médiate de l'exécution produite. De contenu — au sujet de l'offre d'exécution — le débiteur ne s'est pas trompé : il a voulu même émettre une déclaration de ce contenu, puisqu'il en a voulu atteindre le but, c'est-à-dire sa libération* (1).

Quoi qu'il en soit, la solution proposée par Weigelin est restée isolée dans la Doctrine et elle n'est au fond qu'un aspect particulier du rôle important que fait jouer cet auteur — dans le domaine de la compensation — à l'idée de renoncement tacite (2).

67. Tout ce qu'on vient de dire jusqu'ici suffit peut-être à faire penser, que de l'article 812 BGB il est difficile de

(1) V. aussi SCHACHIAN (*Diss.*, p. 1 et suiv.).

(2) V. à ce sujet KRÜCKMANN (*ZZPr.* Bd. 34, p. 355).

conclure à l'admissibilité d'un droit de répétition en faveur du débiteur, qui a payé une dette qu'il aurait pu éteindre par compensation. Il reste maintenant à voir si cette tentative ne serait pas plus heureuse en utilisant l'autre disposition légale déjà indiquée (art. 813), car effectivement, certains auteurs ne se sont pas fait faute de l'invoquer à leur appui. Voici d'abord le texte de cet article : « *On peut également répéter ce qu'on a prêter en vue d'exécuter un engagement, si à la prétention (désintéressée) s'opposait une exception par laquelle l'invocation de cette prétention était définitivement exclue. La disposition de l'art. 222, alinéa 2, demeure sans modification.* »

Lorsqu'un engagement exécutoire à terme, est exécuté avant terme, la répétition est exclue ; le service d'intérêts pour le temps intermédiaire ne peut être exigé ». Comme on le voit, le législateur veut accorder — dans le premier alinéa de sa disposition — un droit de répétition à celui qui a payé une dette à laquelle s'opposait une exception péremptoire. Quant au second alinéa, il ne fait que prescrire la règle si connue que ce qui a été payé avant terme, n'est pas sujet à répétition » ⁽¹⁾ — disposition qui corrige singulièrement l'adage « qui doit à terme ne doit rien » — Mais ceci restera en dehors de nos préoccupations, qui se limiteront à savoir si la dette payée par le débiteur, dont il est question, était réellement paralysée par une exception péremptoire (condition indispensable pour qu'il puisse se prévaloir de l'art. 813). Ceci revient à se demander si la simple coexistence des dettes réciproques suffit à faire naître une exception quelconque au profit des parties intéressées. Mais, cette question a déjà été étudiée dans le chapitre sur l'accomplissement de la compensation, et nous y renvoyons pour plus de détails ⁽²⁾. Bornons-nous à rappeler ici, la conclusion à laquelle nous sommes arrivés là — et qui est d'ailleurs en accord, aussi bien avec les explications des Motifs ⁽³⁾, qu'avec les textes du BGB.

Cette conclusion tient en peu de mots : la compensation

(1) V. aussi l'art. 1186 C. civ. fr.

(2) *Supra*, p. 30.

(3) II, pp. 107 et 832.

actuelle n'est plus une « exception », ce qui signifie surtout que la coexistence des créances réciproques ne suffit plus à faire naître aucune sorte d'exception, dont les parties pourraient ensuite se prévaloir devant le juge (tel que l'enseignait l'*Affektionstheorie* du droit commun). Pareille théorie est devenue aujourd'hui absolument indéfendable, car ni le moyen tiré d'une *compensation accomplie*, ni celui tiré d'une simple faculté de compensation ne représentent plus une « exception » au sens technique du mot. Bien rares sont les auteurs ⁽¹⁾ qui le contestent encore, malgré les textes qui, tous, sont contre eux.

Mais, si la simple réciprocité de fait ne produit plus aucune exception à l'encontre des dettes respectives, les conditions de l'art. 813 ne se trouvent pas réunies et le droit de répétition reste par conséquent encore inadmissible. Cette conclusion s'impose d'abord à tous ceux qui s'appuient — pour ainsi dire — d'une façon directe sur l'article cité. Pourtant, il y a des auteurs qui ont crû pouvoir y échapper en utilisant l'art. 813 indirectement — c'est-à-dire, par voie d'analogie. Nous voulons parler de l'*argument « a fortiori »* ⁽²⁾, invoqué par ceux qui ne veulent point priver le « *solvens* » dont il s'agit des avantages que présenterait pour lui une « *condictio indebiti* ».

En effet — dit-on — l'art. 813 contient précisément, et plutôt, un argument en faveur de la répétition dont il est question, car si l'on peut répéter quand la prétention désintéressée ne se heurtait qu'à une simple exception, qui en aurait pu, tout simplement, empêcher la poursuite, on devrait d'autant plus pouvoir le faire, quand cette prétention aurait pu être complètement anéantie au moyen d'une simple déclaration de compensation. En d'autres termes, on estime que, s'il est exact que la coexistence des créances réciproques ne fait plus naître aucune exception, il n'en serait pas moins exact que son effet dépasserait encore celui de cette dernière : car à l'aide d'une simple déclaration, cette coexistence ne paralyserait pas seulement la prétention de la partie adverse, mais elle l'anéantirait

(1) V. p. ex. KUHLENBECK (« *Von den Pandekten zum BGB* », II, p. 160.

(2) V. OERTMANN (*op. cit.*, § 389), ENNECERUS (*op. cit.*, p. 35).

en entier. On voit l'argument, et il faut convenir qu'il n'est pas dénué de subtilité : il reste à voir si celle-ci est susceptible de le faire triompher. Or — tout bien réfléchi — il paraît que non. Non surtout, parceque ce raisonnement attache à la coexistence des créances — sinon des effets immédiats — au moins une signification trop grande, alors qu'en réalité elle n'en possède qu'une relativement très mince, et qui ne saurait être comparée, en aucune manière, à l'exception péremptoire qu'exige l'art. 813 BGB. Car, encore une fois, ce n'est que la compensation accomplie qui produit l'effet extinctif : la simple faculté de compenser — tant qu'elle n'est pas exercée — ne possède aucune influence sur les créances respectives, dont l'invocation par une autre voie reste donc parfaitement possible — ce qui n'est pas l'hypothèse envisagée par l'art. 813. D'ailleurs le Reichsgericht estime lui-même, dans son célèbre arrêt du 5 mars 1928 — consacré à la question — que l'article dont il s'agit est inapplicable par le raisonnement qu'on vient d'examiner, car celui-ci « *attache déjà à la compensabilité, les effets de la déclaration de compensation* » (1).

68. Plus subtile encore, et plus savante semble une autre tentative que l'on a encore faite pour utiliser par analogie l'article 813, en s'appuyant cette fois-ci sur ce qu'on croit être la nature intime du droit de compensation résulté de la réciprocité des dettes. A partir de ce moment-là — pense-t-on — le débiteur ne saurait plus être contraint à payer sa dette, puisqu'il possède une véritable « *facultas alternativa* », qui lui permettrait de s'en libérer par une autre voie (2). En effet, de plusieurs textes du BGB (3), il résulterait que le législateur paraît avoir adopté l'idée que la possibilité de compensation ferait naître une pareille « *facultas* » (4), qui permet au débiteur de se libérer par un mode légal, autre que celui convenu primitivement. Et même si

(1) RGZ Bd. 120, p. 280.

(2) V. en ce sens : LIEBKNECHT (*Vorbehaltzahlung*, p. 109), KIPP (*op. cit.*, p. 478), SÜSS (*op. cit.*, p. 466), v. HERTZBERG (*Diss.*, p. 38).

(3) P. ex. les art. 268, 387 BGB.

(4) Contre cette idée s'élèvent pourtant NOLTE (*op. cit.*, p. 99) et LEONHARD (*Archiv. f. b. Recht*, Bd. 21, p. 185).

l'on n'admet pas que toute « *facultas alternativa* » produit une exception péremptoire ⁽³⁾ — ajoute-t-on — il serait plus concevable de penser, que dans toute faculté pareille il y aurait une sorte de *contre-droit* (*Gegenrecht*), qui ne permettrait évidemment pas de refuser la prestation tout simplement (comme le ferait une exception péremptoire), mais qui donnerait cependant la possibilité de la prêter dans un autre mode, bien que celui-ci n'ait pas été primitivement prévu. Aussi, il résulterait de ces considérations — que si ce contre-droit (*Gegenrecht*) n'est pas une « exception » au sens technique du mot, il en serait du moins une notion apparentée, qui justifierait l'application par analogie de l'article 813. Cette analogie serait bien fondée — pense-t-on — car cette dernière disposition veut qu'on ne permette nulle part au créancier d'obtenir des avantages, qui sont peut-être justifiés en eux-mêmes, mais qu'il n'aurait jamais reçus, si le débiteur avait exercé son droit. Or, on pourrait dire justement — conclue-t-on — que celui qui a payé en ignorant sa possibilité de se libérer par la voie plus avantageuse de la compensation, a donné en réalité à la partie adverse un avantage auquel celle-ci n'avait aucun droit et dont elle s'est enrichie, par conséquent, injustement.

Quelque intéressante qu'elle soit, cette notion nouvelle de « *Gegenrecht* » — qu'on fait découler de la « *facultas alternativa* », qui résulterait à son tour de la réciprocité des créances — il ne semble pas qu'on doive la retenir. D'abord, parce qu'elle est toujours — comme la théorie l'indique d'ailleurs, elle-même — une sorte d'exception, non pas dans le sens technique de ce mot, mais dans celui que ce contre-droit permettrait au débiteur de différer la prestation due par lui, au moins dans le mode convenu primitivement, et tant qu'il posséderait une contre-créance opposable en compensation. Or, justement, la simple « *compensabilité* » ne paraît pas accorder cette faculté au débiteur : celui-ci doit plutôt exécuter sans retard son obligation, malgré cette circonstance, et le créancier pourrait à bon droit exiger de lui un désintéressement par paiement (ou

(1) Comme le pense p. ex. KIPP (*op. cit.*, p. 31).

éventuellement le recevoir), tant que le débiteur ne déclare pas vouloir éteindre sa dette par compensation. Car, *celui qui peut compenser et ne compense pas, ne peut point refuser la prestation* : ce n'est que la déclaration de vouloir choisir la seconde voie, qui donnerait droit à refuser de suivre la première.

69. D'ailleurs, vouloir faire entrer parmi les hypothèses prévues par le législateur en édictant l'art. 813, celle du débiteur dont il est question, ce serait peut-être forcer un peu la pensée de la loi. Il est vrai que le titre qui statue expressément et principalement sur la compensation n'exclut pas une « *condictio indebiti* » sur notre point ⁽¹⁾, mais il n'est pas moins vrai que ce titre ne l'admet pas non plus, puisqu'il se tait sur cette question. Or, pour accorder dans une pareille hypothèse un droit de répétition, on aurait eu probablement besoin d'une mention légale spéciale en ce sens. D'autant plus que, les textes non officiels, mais officiels, — les Motifs et Protocoles — *se prononcent pour la solution négative*, représentée ici, et on a vu que ce n'est que cette solution qui convient à la conception de compensation du Code civil allemand.

70. Mais considérons maintenant notre problème d'un point de vue moins dogmatique et théorique : on se rendra vite compte qu'un droit de répétition, en cette hypothèse, ne conviendrait pas non plus aux intérêts bien compris de la vie pratique. Car, si l'on veut bien réfléchir, on conviendra qu'accorder une « *condictio indebiti* » au « *solvens* » qui a payé sa dette sans faire usage de sa possibilité de l'éteindre par compensation, serait plutôt une atteinte à la sécurité du commerce juridique.

En effet, le paiement — comme la compensation — sont des modes d'extinction d'obligations, modes dont le BGB — dans le chapitre spécial qu'il leur consacre ⁽²⁾ — en a prévu quatre ⁽³⁾, et qui sont tous indépendants les uns des autres,

(1) Cet argument est invoqué par KIPP (*op. cit.*, 478), von HERTZBERG (*op. cit.*, p. 38), SÜSß (*op. cit.*, p. 466), etc.

(2) Art. 362-397.

(3) Les deux cités, auxquels s'ajoutent la consignation (Hinterlegung) et la remise de dette (Erlasse).

dans le sens que chacun d'entre eux constitue *un moyen d'extinction sui-generis* et non pas, tout simplement, le « surrogat » d'un autre (comme on a trop souvent appelé la compensation). Ces quatre voies d'extinction s'offrent à chaque obligation — de par sa notion même et dès le moment de sa naissance — mais l'extinction une fois produite au moyen de l'une d'entre elles, ne saurait plus être anéantie, par la simple raison que le choix d'une autre voie eût été plus avantageux pour le titulaire de la créance éteinte. Il doit en être ici, comme en matière de procédure où règne le principe : « *Electa una via, ad alteram recurrere non potest* ».

Ceci est exigé — on vient de le dire — par *la sécurité du commerce juridique*, qui veut qu'une opération valablement accomplie ne puisse être anéantie à n'importe quel moment après son accomplissement, pour des raisons purement personnelles et matérielles. Ces changements dans les rapports juridiques, qui existent régulièrement depuis longtemps, seraient sans conteste, nuisibles à la stabilité dont a grandement besoin le commerce juridique. Aussi — pour en revenir à notre hypothèse particulière — « il paraîtrait douteux qu'un débiteur, qui a fait une prestation parfaitement valable, puisse la rétracter par son seul bon plaisir, pour s'approprier les avantages qui en résulteraient » ⁽¹⁾.

71. En conclusion, *la seule solution en accord avec la logique juridique et les principes fondamentaux de la matière, paraît être celle déjà indiquée plus haut, à savoir qu'une « conditio indebiti » est à refuser au « solvens » dont il est question.* Par conséquent, le débiteur qui a éteint par paiement sa dette dans l'ignorance de sa possibilité de l'éteindre par compensation, *n'aura plus ni le droit de répéter ce qu'il a payé, ni celui de déclarer ultérieurement une compensation.* La seule chose qui lui restera à faire, ce sera de poursuivre par voie appropriée la créance qu'il n'a pas utilisée à la compensation, si — par hasard et par malheur pour lui — il ne s'agit pas, à ce moment-là d'une créance déjà prescrite.

(1) LEONHARD (*All. Schuldrecht*, p. 628). V. aussi *Archiv f. b. Recht*, Bd. 21, p. 189.

Qu'on ne dise pas que cette solution représente une iniquité à l'égard du débiteur — *car elle sera la même pour la partie adverse*, au cas, qui peut arriver en pratique, qu'après avoir reçu le paiement, le créancier « accipiens » ait plutôt intérêt à le restituer pour pouvoir déclarer une compensation ultérieure : il n'aura pas — lui non plus — ce droit ⁽¹⁾.

72. Cette conclusion, on a voulu quelquefois la corriger ou la compléter dans un sens, qui ne serait peut-être pas incompatible avec tout ce que nous venons de dire à ce sujet.

On songe, en effet, au cas où il s'agirait de deux dettes réciproques, mais dont l'une seulement (celle de notre « solvens ») serait productive d'intérêts. Si maintenant, ce débiteur paye — toujours dans l'ignorance de son droit de compensation — non pas sa dette elle-même (hypothèse où l'on convient qu'il n'aura aucune « *condictio indebiti* »), mais simplement des intérêts dus pour elle ⁽²⁾ — on se demande si ce « solvens » aura le droit de répéter ceux-ci au jour où il découvrira qu'il possédait une contre-créance, *qui lui eût permis d'épargner ces intérêts, courus depuis la réciprocité des dettes*.

A cette question on a répondu quelquefois par l'affirmative ⁽³⁾, en s'appuyant sur la rétroactivité prescrite par l'article 389 BGB, et sur les conséquences qui en devraient découler logiquement.

En effet, il paraît certain que — puisque l'effet extinctif produit à peine par la déclaration de compensation rétroagit jusqu'au moment de la réciprocité des dettes — cette rétroactivité (qui n'est au fond qu'une fiction) doit avoir pour conséquence *l'arrêt du cours des intérêts* à partir de ce moment-là. Donc, si le débiteur avait utilisé la voie de la compensation, il aurait épargné les intérêts qu'il a payés

(1) Cf. HUBER (cité par NOLTE, *Diss.*, p. 99). Contre : KIPP (*op. cit.*, p. 478), SÜSS (*op. cit.*, p. 466).

(2) Ou des clauses pénales ou des intérêts moratoires : c'est-à-dire des prestations accessoires (*Nebenleistungen*).

(3) V. p. ex. : BERNHÖFT (*Zur Lehre von der Fiktionen*, p. 12), LANDAU (*Diss.*, p. 49).

effectivement : ceux-ci apparaîtraient même maintenant comme un « *indebitum* », si le débiteur pouvait encore déclarer la compensation. Mais pourrait-il le faire ? On a vu qu'au cas où le débiteur a payé la dette principale, aucune compensation ultérieure n'est plus possible, puisque le paiement a éteint l'une des deux dettes en présence et brisé par là-même leur réciprocité.

Mais il n'en serait pas de même, si le débiteur ne payait que des intérêts ⁽¹⁾, car le paiement de ceux-ci n'exerce aucune influence sur l'existence des deux dettes, qui continuent à subsister sans modification. Cette considération essentielle autorise à dire qu'une compensation pourrait encore valablement intervenir, malgré le paiement des intérêts. Et la première conséquence de cette compensation sera de rendre possible — pour le débiteur « *solvens* » — une « *condictio indebit* », au moyen de laquelle celui-ci puisse répéter la somme qu'il a payée comme intérêts et qui apparaît maintenant comme « *indebitum* ».

On voit que dans cette seconde hypothèse — que nous examinons ici — la situation est toute différente de celle rencontrée dans les pages précédentes. Là, l'ordre concevable de la discussion était : paiement de la dette principale — « *condictio indebiti* » — compensation ; or, puisque la « *condictio indebiti* » s'était révélée (à l'examen des textes et des principes) inadmissible, la compensation qui devait en découler — l'était aussi. Il n'en est plus de même ici, où l'ordre de la discussion peut être renversé : paiement d'intérêts — compensation — « *condictio indebiti* » pour répéter les intérêts payés — car, encore une fois, — le paiement de ceux-ci n'anéantit pas la réciprocité des dettes, qui est la base et la condition nécessaire de toute déclaration de compensation.

C'est pourquoi cette solution — qui varie selon que l'on a payé la dette principale ou qu'on n'en a payé que des prestations accessoires (*Nebenleistungen*) — peut paraître au premier abord bizarre, mais elle possède néanmoins un indéniable fondement logique et juridique.

Tel ne paraît pas être pourtant l'avis de la Jurisprudence. Déjà dans l'arrêt cité du 5 mars 1928, le *Reichsgericht* ne faisait aucune distinction à ce sujet. Et dans un arrêt récent

du 9 mars 1934, l'instance suprême continue à se montrer peu disposée à admettre ce « *distinguo* » — pourtant logique — car elle déclare que « le droit en vigueur n'accorde aucun droit de répétition à celui qui a payé dans l'ignorance de sa possibilité de déclarer la compensation » et que « cette solution se rapporte aussi bien au paiement de la dette principale qu'aux intérêts payés pour elle » ⁽¹⁾.

73. Aspect du problème en droit français. — On vient de constater que sur le point examiné — l'attitude du Code civil allemand était (tacitement il est vrai) en accord avec la nouvelle conception de compensation qu'il avait adoptée. Par contre le législateur français — sur le même point — semble avoir été beaucoup moins logique. Sans doute, il ne pouvait être question pour ce dernier, d'adopter une solution identique — vu que les systèmes de compensation sont essentiellement différents dans les deux législations. On sait en effet que le Code civil français a accordé ses préférences au principe de la *compensation légale*, où l'extinction des créances réciproques s'opère automatiquement, à l'instar de la confusion. Dans ce système, une disposition légale à propos de notre problème était évidemment beaucoup plus nécessaire que dans le système allemand — à cause même de cette extinction automatique qui s'accomplit de par la loi et à l'insu même des parties : ce qui fait qu'il ne sera pas rare en pratique, qu'un débiteur paye effectivement une dette, qui se trouve en réalité déjà éteinte par la compensation. Et puisque — dans ce système — le paiement intervient donc après une compensation accomplie, il aurait été logique que le débiteur puisse répéter ce qu'il a payé pour une dette éteinte, donc injustement. Cette « *condictio indebiti* » lui serait due pour la considération que la créance qu'il a acquittée était déjà éteinte par la contre-créance qu'il possédait à son insu.

Telle aurait été sans doute l'attitude logique que devait adopter en ce domaine le législateur français. En réalité, il ne semble pas qu'il en ait été ainsi, car l'article 1299 Code civil ⁽²⁾ — par la disposition qu'il prescrit — constitue plu-

(1) RGZ, Bd. 144, p. 93.

(2) V. aussi l'art. 1153 du Code civ. roumain.

tôt une *dérogation évidente au principe rigoureux de la compensation légale*.

Il résulterait de ce texte, que la loi a distingué avec soin deux hypothèses différemment résolues : celle où le débiteur a payé sa dette en connaissance de cause ou par erreur inexcusable (c'est-à-dire qu'il savait ou qu'il aurait dû savoir que sa dette était déjà éteinte par compensation) — et celle où le débiteur a payé sa dette dans l'ignorance excusable (c'est-à-dire dûe à « une juste cause ») de l'extinction de sa dette.

I. Dans la première hypothèse, la logique voudrait que notre débiteur n'ait ni le droit de répétition (puisque les articles 1376 et 1377 Code civil exigent pour cela que le paiement ait été fait ou reçu par erreur), ni son ancienne créance non plus, puisqu'elle se trouvait déjà éteinte par la simple réciprocité de fait. C'était d'ailleurs déjà l'opinion de Pothier ⁽¹⁾ à ce sujet, mais il ne paraît pas qu'elle ait été adoptée par le législateur français qui accorde au débiteur « solvens » en ce cas son ancienne créance — sans qu'il puisse toutefois se prévaloir — au préjudice des tiers — des privilèges ou hypothèques qui y étaient attachés. Ceci veut dire que l'action de cette créance ne produira plus d'effets qu'« *inter partes* », car on ne saurait enlever aux tiers intéressés une situation à laquelle ils avaient un droit acquis.

Cette solution qui, à première vue, paraît en contradiction avec le principe de la compensation légale — ne saurait être expliquée que d'une seule manière (qui aurait d'ailleurs l'avantage de trouver un sens même à la disposition de l'art. 1295) : ce serait d'admettre que la loi n'a pas entendu d'une façon trop rigoureuse ce principe de la compensation instantanée. Celui-ci ne serait donc pas un principe impératif, mais une *règle qui ne doit pas aller à l'encontre de la volonté des parties*. Autrement dit, les paroles de l'art. 1290 (« *La compensation s'opère de plein droit par la seule force*

(1) *Obligations*, t. 2, p. 639 : « Si je perd en ce cas les 1.000 livres que je vous ai sottement payées, je ne dois m'en prendre à la loi de la compensation, mais à moi-même, qui ai bien voulu vous payer une dette que je savais acquittée par la compensation ; il n'a pas dû être en mon pouvoir de ressusciter par ce paiement ma créance, en fraude du droit acquis aux créanciers qui me suivaient. »

de la loi, même à l'insu des débiteurs ») doivent être entendues « *cum grano salis* », car s'il est vrai que le législateur a voulu que la compensation puisse s'accomplir sans la connaissance des parties, il ne paraît pas toutefois qu'il ait voulu qu'elle s'accomplisse contre leur volonté.

Ceci explique pourquoi les parties doivent encore invoquer une compensation accomplie (le Code civil parle d'« *opposer la compensation* »), pourquoi celle-ci n'est pas relevée d'office dans un procès et pourquoi enfin — si on ne l'invoque pas — les créances continuent à subsister. Tant il est vrai que le principe de l'extinction automatique — malgré son incontestable simplicité — paraît indéfendable logiquement, que le législateur français a jugé nécessaire de l'abandonner dans ses conclusions trop rigoureuses. La compensation — comme seul son nom l'indique — exige une activité humaine (« *factum hominis* »), même si l'effet extinctif n'est pas l'œuvre exclusive de celle-ci.

Sans doute, nous ne voulons pas dire que dans l'art. 1299 le législateur soit allé jusqu'à décider que seule la volonté des parties provoquerait l'effet extinctif, mais il paraît toutefois que la loi n'ait pas voulu que cet effet devienne définitif, que s'il est ultérieurement invoqué par la partie intéressée. Il en serait ainsi — en quelque sorte et sauf des nuances importantes — comme dans la théorie allemande de l'extinction conditionnelle, où l'invocation des parties est la condition nécessaire de l'efficacité de l'effet extinctif, existant déjà à l'état latent.

Si l'on veut bien admettre cette explication, la disposition de l'article 1299 Code civil français devient compréhensible : la loi — en accordant l'ancienne créance au débiteur « solvens » — a interprété son paiement comme un renoncement tacite au bénéfice de la compensation, dont l'effet n'est pas définitif tant qu'il n'est pas invoqué ⁽¹⁾. Donc,

(1) Dans ce sens paraissent également les paroles de AUBRY et RAU (t. IV, p. 400) : « Vainement dirait-on que celui qui a payé est présumé avoir voulu donner. Ici le paiement se comprend par l'intention de renoncer au bénéfice de la compensation et c'est en ce sens qu'il doit être interprété d'après la règle « *Renuntiatio strictissimae est interpretationis* ». D'accord : LAURENT (*Principes*, t. 18, pp. 474-475). LAIR (*op. cit.*, p. 258), pour sauver le principe de l'extinction conditionnelle, donne l'interprétation suivante à l'art. 1299 : « C'est là —

l'ancienne créance n'est pas ressuscitée (ce qui aurait été une absurdité), puisqu'elle n'était pas encore éteinte (ou elle ne l'était qu'à l'état latent, pour ainsi dire) : toutefois, pour que les tiers intéressés ne souffrent pas à la suite de ce renoncement tacite, la loi a décidé que le « solvens » ne pourra plus se prévaloir de cette ancienne créance qu'« *inter partes* ».

II. Supposons maintenant que le débiteur ait payé sa dette par erreur excusable (la loi parle d'une « *juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette* ») ⁽¹⁾. Ici la solution logique, au point de vue de l'extinction instantanée, aurait été d'accorder à ce débiteur le droit de répéter ce qu'il a payé pour une dette déjà éteinte par compensation. Cependant, ici encore, la loi renonce à tirer la conséquence qui découlerait logiquement de la compensation légale et donne au débiteur « solvens » son ancienne créance, mais sans en limiter — cette fois-ci — les effets entre les parties. C'est donc une véritable « *restitutio in integrum* », qui permettra au débiteur d'exercer l'action dérivant de sa créance non seulement contre la partie adverse, mais aussi à l'encontre des tiers intéressés — ce qui revient à dire, qu'il pourra se prévaloir de toutes les garanties attachées primitivement à sa créance. Car les éventuelles cautions ou gages ne sauraient profiter — pour

dit-il — un langage inexact ; puisque l'ancienne créance a été réellement éteinte par compensation la loi rend en ce cas une créance égale à l'ancienne, sauf en ce qui touche les droits des tiers. » Mais l'auteur prend soin d'ajouter : « C'est là une nouvelle et importante dérogation que la loi fait par équité au principe rigoureux de la compensation légale. » V. aussi : DEMOLOMBE (t. 28, p. 472).

(1) C'est parce que la loi suppose « une juste cause d'ignorance » et non une ignorance effective, qu'on s'accorde à dire qu'il n'est pas nécessaire que le solvens administre la preuve de son ignorance, mais qu'il suffit qu'il établisse une cause telle que cette ignorance soit rendue admissible et excusable (Voir : PERCEAU, thèse, p. 73 ; LAURENT, *op. cit.*, p. 476 ; LAIR, *op. cit.*, p. 256). TOULLIER (VIII, p. 391, cité par AUBRY et RAU) admet lui aussi cette solution car, puisque « l'ignorance constitue un fait négatif, dont la preuve directe et absolue est impossible, il suffit que celui qui s'en prévaut justifie d'une cause probable d'ignorance. »

(2) Ce qui semble avoir décidé la Cour de Pau, dans sa décision du 10 mai 1826 (S. 27,2,126). Mais cette solution ne convient pas au texte clair de l'art. 1299.

leur libération — d'une erreur reposant sur une juste cause ⁽¹⁾. Et — puisqu'il s'agit en cette hypothèse d'un paiement fait par erreur — on a même prétendu ⁽²⁾ quelquefois que le « *solvens* » dont il est question devrait avoir (outre l'action dérivant de sa créance) une « *condictio indebiti* », pour les cas où celle-ci pourrait avoir un intérêt pour lui ⁽³⁾.

Or, cette opinion semble inexacte pour la raison suivante : on a vu que pour trouver un sens à la disposition de l'article 1299, on est obligé d'accepter l'idée que la loi ne considère la compensation définitivement accomplie que si l'on s'en prévaut et que, si on ne le fait pas, les créances réciproques continuent à subsister sans modification. Il en est ainsi dans la première hypothèse analysée et il doit en être de même dans la seconde.

Or, puisqu'il n'y a pas eu de compensation — donc d'extinction des créances par cette voie — le paiement presté par le « *solvens* » ne l'a pas été pour un « *indebitum* » : une « *condictio indebiti* » n'aurait par conséquent aucune justification et d'ailleurs la loi n'en parle pas ⁽⁴⁾.

En conclusion, disons simplement que si la disposition de l'article 1299 Code civil peut trouver une base logique et juridique dans le raisonnement que nous venons d'exposer, il n'en est pas moins vrai que l'attitude prise par le législateur français sur ce point (comme d'ailleurs sur celui prévu par l'article 1295) constitue une *indéniable inconséquence* ⁽⁵⁾ et *dérogation* au principe qu'il avait pourtant si nettement posé et en des termes si clairs dans la disposition de l'article 1290 Code civil.

(1) AUBRY et RAU (*op. cit.*, t. IV, p. 401) s'occupent non seulement du débiteur solvens dont il est question — mais aussi du créancier accipiens, selon que celui-ci a reçu le paiement sciemment ou par erreur. Mais cette dernière distinction — qui ne possède d'ailleurs qu'une faible importance pratique — ne repose sur aucune base légale car la loi n'en parle point.

(2) V. AUBRY et RAU (*op. cit.*), SÉGUR (thèse, p. 142), JOUSSELIN (thèse, p. 198), etc.

(3) AUBRY et RAU indiquent quelques-unes de ces hypothèses.

(4) Cf. LAURENT (*op. cit.*, p. 474).

(5) V. CAPITANT (t. I, p. 340).

CHAPITRE II

« COMPENSATIO COMPENSATIONIS NON DATUR »

74. Cet adage utilisé déjà par la Doctrine du droit commun — est sûrement resté valable — et même dans une plus grande mesure encore — pour le droit du BGB, bien que celui-ci n'en parle pas, de façon expresse au moins.

Avant tout, il importe de préciser — tant soit peu — les notions dont il va être question dans ce chapitre. Celle de « *compensatio compensationis* » a été particulièrement discutée : on l'opposait d'habitude à celle — différente — de « *replicatio compensationis* », mais souvent on les employait indistinctement l'une pour l'autre (car on entendait par les mêmes mots des choses différentes). Aujourd'hui, ces expressions sont beaucoup moins utilisées qu'avant et elles ne nous intéressent ici que pour marquer encore davantage — en les examinant — l'esprit de la nouvelle conception de compensation adoptée par le BGB.

75. Pour ce qui est de la « *compensatio compensationis* », on a donné la définition suivante qui semble pourtant un peu touffue : « C'est l'acte juridique extra-judiciaire, unilatéral, exigeant réception (*empfangsbedürftig*) par lequel une partie adverse à la compensation (*Aufrechnungsgegner*) compense la contre-créance (du compensant primitif) au moyen d'une autre de ses plusieurs créances que de celle désignée (par le compensant primitif) pour être éteinte par compensation — ou par lequel cette partie adverse oppose en compensation son unique créance à une contre-créance autre que celle déjà opposée en compensation par le compensant primitif, qui en possède plusieurs » ⁽¹⁾.

(1) GOLDSCHMIDT (*Archiv f. b. Recht*, Bd. 15, p. 158).

Cette définition, dont le sens paraît — à première vue — un peu difficile à saisir, fait allusion en réalité à deux hypothèses qui arrivent souvent en pratique, aussi bien séparées qu'ensemble. On suppose, en effet, une personne titulaire de plusieurs créances et à laquelle une compensation a été déclarée par une autre partie qui ne possède qu'une seule contre-créance. Cette déclaration de compensation aura pour effet — comme on sait — l'extinction immédiate non seulement de la contre-créance unique de la partie qui compense, mais aussi de l'une des plusieurs créances de la partie adverse. C'est pourquoi, si cette dernière partie voulait encore diriger l'effet extinctif sur une autre quelconque de ses créances, elle ne le pourrait plus, car ce serait opposer une nouvelle déclaration de compensation à celle déjà émise : or « *compensatio compensationis non datur* ».

De même, il pourrait se trouver que la partie adverse à la compensation ne possède qu'une seule créance et que, par contre, le compensant en possède plusieurs, dont il en a choisi une pour l'éteindre par compensation. A ce choix, l'autre partie ne pourrait plus s'opposer, en exigeant qu'on considère éteinte par compensation une autre quelconque des contre-créances du compensant, car ce serait disposer du droit d'autrui, ce qui ne serait possible que par une nouvelle déclaration de compensation : or « *compensatio compensationis non datur* ».

De tout ce qu'on vient de dire, une idée centrale se dégage : c'est que la « *compensatio compensationis* » impliquerait une complète liberté d'imputation pour la partie adverse à la compensation, soit parmi ses propres créances, soit parmi celles de la partie qui a déclaré primitivement la compensation. Ce serait comme si l'on voulait opposer à une déclaration de compensation, une autre déclaration du même genre, ayant la vertu de contre-carrer les effets de la première — et ceci non pas par disposition légale expresse, mais simplement par la volonté de l'opposant ⁽¹⁾. Ce qui

(1) Un arrêt du ROHG, du 28 février 1874, cité par von HERTZBERG (*Diss.*, p. 40) interprète cet adage de la manière suivante : « Il signifie que si le défendeur a déclaré légalement la compensation contre la créance qui forme l'objet de la plainte — le demandeur ne peut plus

signifierait en somme un changement de rôles, où la partie qui a déclaré premièrement la compensation, deviendrait ensuite partie adverse à la compensation. On remarquera également que le seul cas où l'on puisse parler de « *compensatio compensationis* » est celui où il existe — d'un côté ou de l'autre — une pluralité de créances propres à la compensation, reposant sur des rapports juridiques différents : ce n'est qu'ici qu'on pourrait parler d'un conflit de déclarations de volonté. Car c'est bien là que réside l'idée centrale de notre notion : la possibilité pour l'une des parties d'annihiler ou de déplacer en quelque sorte — et sans qu'elle y soit autorisée par la loi ou par les principes de la matière — les effets d'une compensation déclarée par l'autre partie, au moyen d'une nouvelle compensation déclarée tout de suite après.

Sans doute, ceci paraissait déjà inadmissible pour le droit commun et surtout pour ceux qui pensaient que de l'imputation, seule la « *Prävention* » (priorité) doit décider, car « rien d'autre n'en peut décider » ⁽¹⁾ : dans cette conception, l'idée que « *compensatio compensationis non datur* » n'était en réalité qu'une simple conséquence, puisque cette idée ne signifiait que la confirmation de la situation avantageuse où était placée la partie qui avait déclaré — la première — la compensation. Mais il n'en est pas autrement dans le système de compensation unilatérale du BGB, bien au contraire : on a vu que dans ce système, la compensation représente plus que dans aucun autre une faveur pour le débiteur, c'est-à-dire pour le compensant. Car la simple déclaration de volonté de celui-ci suffit — à elle seule — à faire éteindre non seulement sa propre créance, mais aussi celle de la partie adverse (et sans qu'il y ait besoin pour cela du consentement ou du concours de celle-ci). Or, si l'effet extinctif est produit par la seule déclaration de la partie compensante, on comprend pourquoi l'autre partie ne saurait plus avoir la possibilité de décider quoi que ce soit à propos d'une créance en cause,

« *replicando* » prétendre — sauf cause juridique spéciale — imputer la contre-créance compensée du défendeur sur une autre créance qu'il (le demandeur) posséderait contre ce dernier. »

(2) EISELE (*op. cit.*, p. 365).

puisque celles-ci sont déjà éteintes. Sans doute, la disposition de l'article 388 BGB qui décide que : « *La compensation se produit par voie de déclaration envers l'autre partie* » et d'où il résulte que l'effet extinctif est provoqué par cette seule déclaration — se rapporte essentiellement à l'hypothèse où il n'y a qu'une seule créance d'un côté et de l'autre, car pour l'hypothèse où il s'agit d'une pluralité de créances réciproques, — c'est la norme de l'article 369 BGB qui s'applique, et on verra que dans cette dernière circonstance, la faculté d'imputation du compensant n'est pas illimitée, puisqu'il y a certaines limitations légales, dont jouit la partie adverse. Mais on verra également que *ces limitations ne constituent aucunement des cas de « compensatio compensationis »*, si bien que l'adage qui forme le titre du présent chapitre reste sans conteste valable, même aujourd'hui.

76. Quant à l'expression de « *replica compensationis* », il importe de connaître — même brièvement — ce qui la sépare de celle — déjà examinée — de « *compensatio compensationis* ».

A ce sujet on a vu que déjà la Doctrine du droit commun admettait qu'il y aurait une distinction à faire entre ces deux notions, bien que là, comme aujourd'hui on les employait quelquefois l'une pour l'autre. C'est parce que cette dernière expression, de « *réplica compensationis* », est susceptible d'être entendue — comme nous allons le voir dans un instant — dans un sens large et dans un sens strict. En dehors de cela, il est certain que cette expression a été empruntée à la terminologie judiciaire, ce qui constitue d'ailleurs la différence formelle qui la sépare de celle de « *compensatio compensationis* » — puisque celle-ci est un acte juridique matériel. En ce qui concerne la différence spécifique, on a fait d'abord de la « *replica compensationis* » une notion plus étroite que celle de « *compensatio compensationis* ».

« *La replica compensationis* — a-t-on dit, en ce sens — est une expression spéciale pour le cas où la contre-déclaration de compensation (*Gegenaufrechnungserklärung*) est émise au cours d'un procès, car elle est le moyen judiciaire

de mettre en échec (das prozessuale Gegenschach) la compensation primitive. La « *replica compensationis* » est ainsi une notion plus étroite que celle de « *compensatio compensationis* », qui constitue la notion générale » ⁽¹⁾.

Pourtant, cette opinion n'est pas partagée par tout le monde, car on accorde plutôt le caractère de généralité à la notion de « *replica compensationis* », dans laquelle on veut faire entrer :

1° Une « *compensatio compensationis* » proprement dite ;
 2° Une contestation contre l'admissibilité de la compensation (contestation reposant par exemple sur un « *pactum de non-compensendo* ») ;

3° Une contestation contre l'existence même de la contre-créance que l'on veut opposer en compensation. Evidemment, dans cette dernière conception, la « *replica compensationis* » serait inadmissible dans la mesure où elle dissimule une « *compensatio compensationis* », c'est-à-dire dans le cas sous 1° ⁽²⁾. Mais dans les deux autres hypothèses, la « *replica compensationis* » n'aurait rien d'inacceptable et nous allons voir d'ailleurs que les Motifs eux-mêmes y font allusion.

77. Maintenant — les notions de la discussion un peu précisées — revenons à l'adage « *compensatio compensationis nondatur* » : on a vu qu'il était déjà admis en principe par le droit commun et on verra plus loin que la réglementation que celui-ci adoptait en matière de pluralité de créances réciproques, n'y portait pas atteinte ⁽³⁾.

Or, il en est de même dans le BGB, qui s'occupe de cette réglementation dans son article 396 : il est vrai que le nouveau code civil a accordé à la partie adverse à la compensation (Aufrechnungsgegner) un droit de s'opposer à l'imputation décidée par la partie compensante. Il est vrai aussi que le droit commun ne connaissait pas ce droit d'opposition (dont le rôle était en réalité joué par la « *replica compensationis* »). Mais de ceci, il ne s'ensuit pas que l'adage dont il s'agit ne serait plus valable aujourd'hui : la réponse

(1) PATOW (*Diss.*, p. 38). V. aussi GOLDSCHMIDT (*op. cit.*, p. 158).

(2) V. EHRLICHER (*Diss.*, p. 22) et PLEISTER (*Diss.*, p. 40).

(3) V. *infra*, p. 191.

est catégoriquement négative, car le droit d'opposition de la partie adverse à la compensation ne représente aucunement un cas de « *compensatio compensationis* ». Ceci, on le verra mieux dans le chapitre sur la compensation en cas de pluralité de créances : ici bornons nous à mentionner l'essentiel de ce que sera dit là, à savoir que le droit d'opposition dont il question n'est pas une « *compensatio compensationis* », pour la raison qu'il n'est même pas une compensation, car il ne s'élève pas contre la déclaration de compensation elle-même (émise par le compensant), mais simplement contre ce qui n'en représente qu'un élément (l'imputation décidée par ce dernier). Et ensuite, cette imputation n'est pas changée et déplacée arbitrairement par et selon la volonté de la partie opposante, mais par celle de la loi, que la dite opposition ne fait en réalité que déclencher.

Aussi, il paraît vrai de dire que le système de compensation du BGB est resté fidèle au principe représenté par l'adage « *compensatio compensationis non datur* ». Il y est resté fidèle même plus peut-être que ne l'était le droit antérieur, car il ne faut pas ignorer qu'au dit adage, la Doctrine et la pratique du droit commun apportaient un certain nombre d'exceptions, dont la principale concernait les créances connexes ⁽¹⁾.

78. On estimait, en effet, que ces dernières créances devraient passer à l'imputation avant celles non-connexes — et que si le compensant négligeait ce privilège, la partie adverse aurait une « *compensatio compensationis* » ⁽²⁾.

Mais s'il faut en croire Goldschmidt, cette prétendue exception n'en serait pas une, car la préférence accordée aux créances connexes « ne résulte pas d'un moment résidant dans la nature juridique de la compensation : l'invocation de la « *replica compensationis* » en vue de se pré-

(1) V. Seuff, *Archiv.* Ed. 22, Nr. 33, Bd. 38, Nr. 13, Bd. 38, Nr. 222, etc. V. aussi RGZ, Bd. 7, p. 243, etc.

(2) Ce privilège accordé aux créances connexes, on l'appuyait quelquefois sur l. 13, D. 16,2 (« Quod Labeo ait, non est sine ratione, ut si cui petitioni specialiter destinata est compensatio, in ceteris non obiciatur »).

valoir de la préférence reconnue aux créances connexes ne s'appuie pas sur principe déterminant pour la compensation et ne poursuit pas — non plus — une compensation ; elle n'est surtout aucune « *compensatio compensationis* », mais l'invocation du droit de rétention ou de l'« *exceptio non-adimpleti contractus* ». Que les effets de cette réplique ressemblent à une véritable compensation, ceci ne peut faire disparaître la différence juridique qui existe entre les deux institutions » (1).

Quoi qu'il en soit, la discussion sur ce point devient oiseuse pour le droit actuel, puisque ni le BGB, ni les Motifs ne parlent nulle part d'une « *compensatio compensationis* » pour cause de connexité des créances, ni d'une préférence quelconque à accorder en cas de compensation aux créances connexes.

79. Passons donc au second cas où la Doctrine et la pratique du droit commun paraissent admettre une exception à l'adage dont il s'agit : c'est l'hypothèse où l'existence antérieure d'un contrat de compensation s'opposerait à la compensation que le compensant vient de déclarer.

On imagine sans difficulté la situation à laquelle se réfère cette exception : on suppose que les deux parties en présence ont conclu antérieurement un contrat valable de compensation. Ce contrat pourrait être soit un « *pactum de compensendo* » proprement dit (c'est-à-dire une convention par laquelle les parties s'engagent à éteindre par compensation leurs créances, nées ou à naître), soit un « *pactum de non compensendo* » soit enfin un simple pacte d'imputation (c'est-à-dire une convention par laquelle les parties s'engagent que si l'une d'entre elles déclare la compensation, les créances soient éteintes dans un ordre déterminé et différent de celui de l'imputation légale). Il paraît évident et logique que si l'une des parties en cause déclare maintenant la compensation au mépris de la convention qu'elle a antérieurement conclue, la partie adverse puisse s'y opposer.

(1) GOLDSCHMIDT (*op. cit.*, p. 171). V. aussi dans le même sens : v. THÜLLEN (*Diss.*, p. 35), EHRLICHER (*op. cit.*, p. 24). Contre : FATOW (*op. cit.*, p. 46).

A cette hypothèse principale, il est permis d'en ajouter deux autres, qui lui sont analogues (et qui sont devenues possibles du fait de la compensation unilatérale) :

a) la partie adverse à la compensation (*Aufrechnungsgegner*) s'oppose à la déclaration actuelle de compensation et invoque le fait qu'elle a déjà déclaré une compensation à propos des mêmes créances, ce qui rend la présente déclaration sans objet ; ou

b) la partie adverse à la compensation se prévaut du fait que le compensant actuel a déjà déclaré une compensation à propos de même créances et que cette compensation antérieure rend sans objet la présente ⁽¹⁾. Goldschmidt, qui examine également cette nouvelle exception au principe « *compensatio compensationis non datur* », aboutit à la conclusion qu'il ne serait question même ici que d'une simple réplique appuyée sur l'idée qu'on ne saurait plus compenser une créance qui a déjà été éteinte par une compensation antérieure. « En opposant en compensation sa contre-crédence à celle de la partie adverse — dit en effet l'auteur cité — le compensant les a éteintes toutes les deux. Une créance éteinte ne peut plus être opposée en compensation. Ce n'est que si les conditions pour la répétition d'un paiement pour enrichissement injuste étaient réunies, que le compensant pourrait prétendre au rétablissement de la situation telle qu'elle existait avant la première compensation — et alors, sans doute, pourrait-il opposer en compensation sa contre-crédence à une autre créance de la partie adverse ». Et plus loin, en conclusion : « L'invocation d'un acte de compensation qui s'oppose à celui que l'on veut entreprendre maintenant — n'est pas acte juridique (*Rechtsgeschäft*) — et même pas une opposition, ni une « *compensatio compensationis* » — mais un acte de droit judiciaire (*Prozessrechtsakt*) et d'habitude une réplique analogue matériellement à l'exception de paiement » ⁽²⁾.

L'opinion de Goldschmidt semble sans doute exacte, car il paraît évident qu'il s'agit en l'occurrence d'une « *compensatio in praeteritum* », qui donne droit à une « *replica*

(1) V. aussi : PATOW (*op. cit.*, p. 47).

(2) GOLDSCHMIDT (*op. cit.*, p. 191).

compensationis factae », mais qui n'est pourtant pas une « *compensatio compensationis* » proprement dite, car il manque ici « *die ex nunc wirkende Gegenaufrechnungserklärung selbst* » ⁽¹⁾ (la contre-déclaration de compensation agissant *ex nunc*).

Le BG Bne parle nulle part de cette seconde soi-disant exception qu'on vient d'examiner, mais — à la différence de celle qui visait les créances connexes — elle paraît mentionnée dans un passage des Motifs, qui semblent partager d'ailleurs l'opinion de Goldschmidt à ce sujet, puisqu'ils parlent également de réplique et non pas de « *compensatio compensationis* ». « Une autre question discutée — déclarent-ils en effet — la « *replica compensationis* », ne peut pas faire de doute d'après le projet. Par la déclaration de compensation, la partie compensante provoque l'extinction immédiate des créances réciproques. L'autre partie ne peut invoquer la réplique dont il s'agit que dans la mesure où elle se prévaut du fait qu'il y aurait déjà un contrat de compensation contraire, ou qu'elle aurait déjà éteint par une compensation unilatérale (au moyen d'une autre créance qui lui appartenait) la contre-créance que le compensant veut lui opposer maintenant en compensation ». ⁽²⁾.

Ces explications données par les Motifs sont sans doute exactes, car du moment où l'on attribue vertu extinctive à la déclaration unilatérale de compensation — il aurait été illogique d'accorder à la partie adverse le moyen de tenir cette déclaration en échec ou d'en émettre une nouvelle, sous le prétexte que cette partie aimerait mieux être partie compensante que partie adverse à la compensation : ceci n'est plus possible, puisque les créances sont déjà éteintes. Mais ce raisonnement n'empêche nullement qu'on reconnaisse à la partie adverse le droit de se prévaloir d'une convention antérieure, qui s'opposerait à la compensation actuelle — ou du fait qu'une déclaration de compensation aurait été déjà donnée à propos des mêmes créances ⁽³⁾. On

(1) PATOW (*op. cit.*, p. 47).

(2) Mot. II, p. 110.

(3) V. une application de cette idée dans l'arrêt du Reichsgericht, du 20 mai 1930 (RGZ, Bd. 129, p. 63).

ne saurait appeler ce moyen de défense une « *compensatio compensationis* », puisqu'on conteste ici justement la validité de la compensation déclarée à présent, si bien que les paroles des Motifs ne portent nullement atteinte au principe « *compensatio compensationis non datur* », qui reste sans conteste valable même sous le BGB.

80. Puisque nous en sommes à l'étude de la « *replica compensationis* » — arrêtons-nous encore un instant à une autre question (englobée souvent dans la même expression) et qui a retenu à maintes reprises l'attention — surtout — de la Jurisprudence.

L'hypothèse dont il va être question, pourrait être énoncée de la manière suivante : le titulaire d'une créance exigible n'en poursuit en justice qu'une seule partie — partie à laquelle le débiteur défendeur déclare vouloir opposer en compensation sa propre contre-créance. On se demande si le créancier demandeur aura — *replicando* — la possibilité de renvoyer, d'imputer cette compensation sur la partie non poursuivie de sa créance et s'il peut de la sorte exiger toujours la condamnation du défendeur pour la partie poursuivie (*der eingeklagte Teil*).

Ce problème n'a été plus sérieusement étudié que dans la Doctrine relativement récente, car les auteurs du droit commun ne se sont — en général — penchés sur lui que très rarement et de façon très incomplète. Mais, il importe de remarquer que, la plupart du temps qu'ils l'ont fait, c'était pour lui donner une solution négative, en rejetant la réplique du créancier demandeur et en le déboutant de sa demande ⁽¹⁾.

81. Aujourd'hui, la solution de ce problème ne doit pas faire de doute, mais pour la trouver ou la mieux comprendre, il faut d'abord se demander si la partie poursuivie de la créance du demandeur, acquiert du simple fait de la poursuite (*Einklagung*) une indépendance complète à l'égard du reste de la créance : ceci revient à se demander si la pour-

(1) V. p. ex. : EISELE (*op. cit.*, p. 366), LEONHARD (« *Aufrechnung* », p. 175). Contre pourtant : KRETSCHMAR (*Secum pensare*, p. 68).

suite partielle a la vertu de diviser la créance primitive en deux créances indépendantes (selbständige Forderungen).

A cette question, on serait tenté de répondre par la négative, car si en principe une créance peut être divisée en plusieurs créances partielles et indépendantes (par exemple par cession partielle), on ne voit pas pourquoi la simple poursuite judiciaire aurait la vertu de faire naître deux créances d'une seule. Autrement dit, l'*isolement judiciaire de la partie poursuivie* (« die prozessuale Isolierbarkeit des eingeklagten Teil ») paraît douteux, puisque bien que l'objet de la plainte soit quantitativement limité par la volonté et les conclusions du demandeur, ceci ne signifie pas encore une division en plusieurs créances.

Pourtant, sans contester ce que cette thèse de l'indivision a de vrai et de logique — on pourrait tout de même reconnaître, qu'en cas de poursuite partielle, les deux parties de la créance en cause, bien qu'elles ne parviennent peut être pas à un état d'indépendance complète (vu qu'on ne peut pas les détacher de leur cause commune), suivent néanmoins des chemins différents. Dans un arrêt très connu, la première Chambre civile du *Reichsgericht* énumère quelques points sur lesquels se manifeste la différenciation de destinées entre la partie poursuivie et celle qui reste, de la créance du demandeur :

a) Si la partie poursuivie est reconnue au demandeur par jugement passé en force de chose jugée (rechtskräftig anerkennen), l'autre partie continue néanmoins à subsister ;

b) Si la partie poursuivie est reconnue au demandeur par jugement passé en force de chose jugée — elle ne se prescrit que par 30 ans (art. 218 BGB), tandis que l'autre partie — si la créance primitive était soumise à une courte prescription — y resterait encore soumise :

c) Même si la créance primitive n'était pas productive d'intérêts — la partie poursuivie le sera à partir de la litispendance (art. 291 BGB), tandis que l'autre partie demeure sans modification ;

d) Enfin, bien que le créancier ne soit pas tenu en principe d'accepter des paiements partiels — (art. 266 BGB) — le demandeur dont il est question devra néanmoins accepter

le paiement de la partie poursuivie, si le défendeur le lui offre.. Or, si la créance primitive restait indivisible par la poursuite judiciaire — raisonne-t-on — alors, en vertu même de cet article 266, le demandeur ne serait tenu d'accepter le paiement de la partie poursuivi que si on lui en offrait en même temps celui de la partie qui reste. Le seul fait qu'il est obligé d'accepter le premier même quand il n'est pas accompagné du second, prouve qu'il s'agit ici de deux créances indépendantes pour lesquelles l'article 266 BGB devient inapplicable (1).

82. Pourtant, il faut se garder de croire que le raisonnement que nous venons d'exposer à propos de l'art. 266 serait la seule manière de trouver une conciliation entre le paiement partiel — que notre demandeur serait tenu d'accepter en justice — et la disposition restrictive de l'article cité. Car, tout bien réfléchi, il paraît plutôt vrai de dire que cet article devient inapplicable dans l'hypothèse, dont il est question pour la bonne raison que sa « ratio legis » ne s'y retrouve plus : car si la loi interdit les paiements partiels, c'est pour ne pas importuner le créancier avec de pareils désintéressements, *qui ne sauraient avoir jamais pour lui les avantages que lui procurerait un désintéressement intégral*. Or, par la poursuite partielle, le créancier a fait savoir lui-même qu'il ne désire être désintéressé pour l'instant que partiellement, pour l'objet de sa plainte. C'est pourquoi, si le défendeur paye, ce sera justement cet objet limité (c'est-à-dire, la partie poursuivie) qui sera éteinte, sans que la somme payée puisse être imputée sur toute la créance, bien que celle-ci reste par ailleurs unitaire (2).

83. Mais, s'il est ainsi en cas de paiement, rien ne s'oppose à ce qu'il en soit de même au cas où le défendeur offre un désintéressement par voie de compensation : comme le demandeur n'aurait pas pu décider — dans le premier cas — que le paiement presté au cours du procès soit imputé

(1) V. RGZ, Bd. 66, p. 266 (arrêt du 25 janvier 1907).

(2) D'accord sur l'inadmissibilité de la division de la créance par la simple poursuite : WEIGELIN (« Aufrechnung », p. 142), LANG (*op. cit.*, p. 51), SCHOLLMAYER (*op. cit.*, § 396), PLANCK (*op. cit.*, § 389), EHRLICH (*op. cit.*, p. 50).

sur la partie non poursuivie de sa créance primitive, de même — en cas de compensation — ce sera toujours la partie poursuivie qui sera éteinte, sans que le demandeur — en invoquant une réplique quelconque — puisse décider l'imputation sur la partie non-poursuivie, dont il n'a pas demandé en réalité le désintéressement. Ainsi, d'une part, notre créancier demandeur devra être débouté de sa demande, et d'autre part le débiteur défendeur échappera par là même à la condamnation.

Si le créancier (demandeur) avait voulu éviter qu'on lui oppose une compensation à l'instance, ou, plus précisément, s'il avait désiré que ce soit la partie non-poursuivie de sa créance qui soit éteinte par compensation — il n'avait qu'à prendre les devants et déclarer, lui le premier, la compensation à la partie qui lui l'oppose maintenant. Car, ce n'est pas l'un des moindres avantages du système de compensation unilatérale, que celui de ne pas être obligé d'attendre la poursuite de la partie adverse, pour lui imposer un désintéressement par compensation. Si le demandeur actuel avait procédé de la sorte, la condamnation du défendeur — dont il est question — eût apparu inévitable. Que ce raisonnement est juste, le prouve sans doute le fait qu'il a été déjà accepté dans un arrêt du *Reichsgericht* du 20 février 1904 ⁽¹⁾, où il s'agissait précisément d'un créancier qui poursuivait une partie seulement de sa créance, mais qui avait eu la prudence de désigner cette partie « *comme lui appartenant en tout cas* » (*jedenfalls übrigbleibenden Rest*). Le débiteur défendeur déclara vouloir lui opposer en compensation sa contre-créance réciproque — mais la première instance donna gain de cause au demandeur (qui exigeait toujours la condamnation du défendeur pour la partie poursuivie). Le débiteur défendeur interjeta alors appel et la seconde instance finit par lui donner raison. Mais — finalement — en révision, le *Reichsgericht* décida de casser la décision de la Cour d'Appel et de renvoyer l'affaire devant le tribunal de première instance.

Quel a été, en réalité, l'argument qui a fait pencher la

(1) RGZ Bd. 57, p. 97. V. aussi, RG du 29 nov. 1912 (*Soergels R.*, 1913, p. 124).

cour suprême du côté du demandeur ? Tout simplement le fait — déjà mentionné — que celui-ci avait pris le soin de spécifier (dans ses conclusions) que la partie de sa créance qu'il poursuivait, c'était « *un reste qui lui était dû en tout cas* », ce qui avait déjà fait déclarer la première instance que le demandeur « *a limité sa plainte à la partie de sa créance non touchée par la compensation* ». Et le *Reichsgericht* ajouta dans le même sens que : « *Le demandeur, par ce genre de plainte, a devancé le défendeur, puisqu'il a déjà éteint par compensation la contre créance de ce dernier, au moyen de la partie non poursuivie de sa propre créance* ».

Mais en dehors de cette hypothèse exceptionnelle, le créancier qui poursuit une partie seulement de sa créance, n'aura aucune « réplique » à l'égard du débiteur défendeur, qui lui oppose en compensation sa propre contre-créance ⁽¹⁾.

84. Cette conclusion reste acquise en supposant — comme nous l'avons fait jusqu'ici — que la poursuite judiciaire n'a pas la vertu de conférer aucune indépendance — par rapport à la créance primitive — à la partie poursuivie : celle-ci ne deviendrait donc pas une seconde créance. Mais, on a déjà vu que la Jurisprudence incline plutôt vers l'opinion contraire et dans l'arrêt cité du 25 janvier 1907, la Cour suprême n'hésite pas à déclarer que la simple poursuite d'une partie de la créance primitive, fait naître deux créances partielles (*Teilforderungen*) ayant une suffisante individualité pour qu'on puisse leur appliquer les normes prescrites pour les cas de pluralité de créances (c'est-à-dire par exemple l'article 396 BGB).

Mais ce qu'il importe de bien remarquer, c'est que même en acceptant l'application de ces dispositions et donc l'idée qu'il y aurait de par le simple fait de la poursuite une

(1) Cependant, on pense quelquefois que notre demandeur pourrait provoquer dans tous les cas la condamnation du défendeur en invoquant l'« extension des conclusions de sa plainte » (*Erweiterung des Klageantrages*) sur le reste non-poursuivi de sa créance — ce qui serait possible selon l'art. 368 ZPO (V. en ce sens : *DERNBURG* (*Bürgerliches Recht*, II, p. 282), *BREIT* cité par *VON THÜLLEN* (*Diss.*, p. 33), *SCHOLLMAYER* (*op. cit.*, § 389). Contre : *WEIGELIN* (*op. cit.*, p. 52), *LANG* (*Diss.*, p. 52).

pluralité de créances — on n'arrivera pourtant pas à un résultat différent de celui déjà indiqué plus haut et qui donne gain de cause au défendeur dont il a été question.

Car, supposons qu'il s'agisse — comme par hypothèse — d'un créancier demandeur qui poursuit une partie seulement de sa créance et auquel le défendeur répond par une déclaration de compensation, en décidant en même temps que l'imputation devrait avoir lieu justement sur la partie poursuivie. Supposons également que le créancier y fasse opposition « *sans retard* » (art. 396, al. 1), ce qui lui permettra de bénéficier de l'imputation légale, prescrite par l'art. 366, al. 2 BGB et déclenchée par son opposition. Cette imputation légale est réglée comme suit : « *elle doit avoir lieu d'abord sur la dette échue, entre plusieurs dettes échues, sur celle qui offre le moins de garantie au créancier — entre plusieurs également garanties, sur la plus onéreuse pour le débiteur — enfin, entre plusieurs également onéreuses, sur la dette la plus ancienne* ».

Mais — pour notre hypothèse — ni l'exigibilité (puisque les deux créances sont exigibles), ni la garantie (puisque celle-ci ne peut avoir aucun sens quand il s'agit de créances partielles) ne peuvent guider l'imputation : on devra donc s'arrêter au troisième critérium légal, celui qui veut qu'on choisisse la créance la plus onéreuse pour le débiteur. Or, *il faut convenir que c'est justement la créance poursuivie qui est la plus onéreuse pour le débiteur (défendeur à l'instance) et cela justement parce qu'elle est poursuivie*. Aussi, faut-il conclure, le droit d'opposition de l'article 396 ne peut offrir aucune utilité au créancier demandeur en face de la prétention du défendeur d'éteindre par compensation la créance poursuivie — et ce sera ce dernier qui aura — finalement et en principe — gain de cause ⁽¹⁾ ⁽²⁾.

(1) C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle aboutit le Reichsgericht lui-même dans l'arrêt cité du 21 janvier 1907. V. aussi : RGZ, Bd. 7, p. 243, Bd. 80, p. 394.

(2) L'opinion dominante est, dans le même sens : ACHILLES (BGB, § 389), COSACK (*op. cit.*, p. 472), JONAS (*op. cit.*, § 145), LANDAU (*Diss.*, p. 21), LANG (*op. cit.*, p. 52), OERTMANN (*op. cit.*, § 389), STAUDINGER (*op. cit.*, § 389), etc.

TITRE II

CRITIQUE DU SYSTÈME DE COMPENSATION DU BGB

CHAPITRE PREMIER

LA RÉTROACTIVITÉ

SECTION I

EXAMEN DE LA DISPOSITION DE L'ARTICLE 399 BGB ET DES PRÉCÉDENTS DOCTRINAUX AUXQUELS ELLE SE RATTACHE

85. Si nous ouvrons ce chapitre par l'étude de la rétroactivité, c'est parce que de toutes les critiques que l'on pourrait adresser au système de compensation du BGB, celle qui vise la rétroactivité de la déclaration de compensation paraît la plus forte.

La disposition légale qui édicte cette rétroactivité, c'est l'article 389 BGB, dont le texte est ainsi rédigé : « *La compensation produit cet effet que les créances, dans la mesure où elles se couvrent mutuellement sont censées comme ayant été éteintes au moment où elles se sont trouvées coexister, l'une vis-à-vis de l'autre, en tant que propres à la compensation* ».

Toute la signification de cette disposition ne ressort pleinement que si on la compare à celle qui la précède dans le titre respectif du BGB et que nous connaissons déjà : c'est l'art. 388, qui décidait de façon très claire que

« *La compensation s'accomplit par voie de déclaration envers l'autre partie.* »

Le législateur allemand a opéré donc une séparation entre le moment où la compensation est déclarée et celui où l'effet extinctif est réputé avoir supprimé les créances réciproques : *les deux moments ne coïncident pas* ⁽¹⁾, du moins dans l'immense majorité des cas, puisque rien n'empêcherait en principe à déclarer la compensation juste à l'instant où les créances s'opposent l'une à l'autre. De ces deux moments, nous connaissons déjà le premier, étudié dans le chapitre sur l'« Accomplissement de la compensation » : il nous reste encore à dire quelques mots du second et c'est ce qui formera d'ailleurs l'objet du présent chapitre.

Mais la disposition prescrite par l'art. 389 ne saurait être à son tour pleinement comprise et appréciée, si l'on ne connaissait pas les précédents auxquels elle se rattache et les conceptions doctrinales qui sont à sa base.

Jetons donc tout d'abord un rapide coup d'œil sur la situation, telle qu'elle se présentait sur ce point, dans le droit antérieur — situation qui était à la vérité beaucoup moins claire que celle d'aujourd'hui, faute de disposition explicite analogue à celle de l'article cité.

§ 1. — Exposé de quelques conceptions de compensation enseignées en Droit commun

86. Dans le droit commun, toutes les controverses — sur le point qui nous intéresse — tournaient autour de la célèbre constitution de Justinien, qui parlait du non moins célèbre « *ipso jure* » ⁽²⁾.

Il serait vain de tenter d'exposer ici les interprétations sans nombre au moyen desquelles on a voulu trouver la clef de cette expression, qui a donné véritablement naissance à toute une littérature dans le droit allemand : pareil

(1) Comme cela arrive p. ex. dans le système français de compensation légale.

(2) L. 14 C. de comp. 4, 31 (« Compensationes ex omnibus actionibus ipso-jure fieri sancimus... »).

exposé serait d'ailleurs inutile, puisque — de l'avis de Windschheid — le « *ipso jure* » est resté « *la plus grande énigme de la théorie romaine de compensation* » ⁽¹⁾.

Toutefois, tâchons d'indiquer — et d'une manière aussi succincte que possible — les principales théories qui, s'appuyant sur ce qu'elles croyaient être le véritable sens de l'expression citée, enseignaient des solutions différentes quant à la détermination du moment où l'effet extinctif de la compensation supprimerait réellement les créances réciproques et identiques.

86 bis. — Théories absolues. — Il y avait tout d'abord, à ce sujet, les soi-disant *théories absolues*, qui devaient leur nom au fait qu'elles enseignaient que, l'effet extinctif se produirait (intégralement selon les uns — partiellement selon les autres) de par la simple réciprocité de fait des créances sujettes à compensation et « *sine facto hominis* ». Parmi ces théories, il faut citer en premier lieu celle de *Martinus Gossia* ⁽²⁾, selon laquelle le « *ipso jure* » classique aurait signifié tout simplement l'extinction automatique des dites créances au moment même de leur coexistence et à l'instar de la confusion ⁽³⁾. Selon cette opinion donc, la compensation n'était pas à Rome — et par conséquent ni en droit commun — un *acte juridique* (*Rechtshandlung*), mais un simple *fait juridique non-conditionnel* (*unbedingtes Rechtseignnis* ») ⁽⁴⁾. Cependant, cette théorie de l'extinction automatique — qu'on a appelée à juste titre « *un modèle d'inconséquence* » ⁽⁵⁾ ne semble pas avoir été celle du droit romain, car elle n'est pas en

(1) WINDSCHEID (*Pandectes*, II, § 348, Nr. 3).

(2) Glossa ad. l. 4, c. h. t.

(3) Cette théorie s'appuyait surtout sur trois sources (l. 4, D. 16,2 et l. 21, D. eod. ; l. 10 pr. eod, § 30, I, 4, 6 et l. 46, 4, 31) et prétendait pouvoir expliquer logiquement l'arrêt du cours des intérêts à partir de la réciprocité des créances (l. 11, D. 16,2) et la « *condictio indebiti* » pour celui qui a payé dans l'ignorance de sa possibilité de compensation (l. 10, § 1 D. 16,2).

(4) FEDEE (*op. cit.*, p. 450).

(5) BRINZ (« *Kompensation* », p. 2).

accord ni avec de nombreuses sources, ni avec l'esprit logique les Romains ⁽¹⁾.

Ce qui ne l'empêcha pas d'ailleurs de régner en maître assez longtemps dans la Doctrine du droit commun, de passer dans le code civil français et apparemment dans celui prussien de 1794 ; mais — finalement — le stade de la compensation légale fût dépassé par l'opinion dominante en Allemagne.

87. — Affectionstheorie. — Parmi les théories absolues, on peut faire également entrer une autre thèse, bien qu'elle soit infiniment plus modérée que la précédente, puisqu'elle n'attribue plus à la seule réciprocité de fait la vertu d'éteindre intégralement les créances réciproques, mais simplement celle de les paralyser d'une « *exceptio perpetua* », qui signifierait en réalité l'affaiblissement de ces créances et leur extinction partielle, graduelle et successive, jusqu'à ce qu'elle soit complétée et consacrée par la sentence du juge.

Windscheid, qui est le principal représentant de cette conception, qu'on a appelée l' « *Affektionstheorie* », déclare à ce propos : « *La compensation n'opère pas « ipso jure », mais elle prend naissance « ipso jure »* ⁽²⁾, c'est-à-dire, la compensation doit être conçue comme « *Affektion* » du droit de créance par le droit de créance qui s'oppose à lui, car dire que la compensation dépend de l'activité du débiteur, le « *ipso jure* » n'aurait plus alors aucun sens » ⁽³⁾.

L'auteur cité pense donc que la simple coexistence chargerait les créances respectives d'une exception « *qui sup-*

(1) V. p. ex. DERNBURG (« *Kompensation* », p. 11), qui a montré que le « *ipso-jure compensari* » du droit romain n'a pu avoir cette signification absolue, puisque pour désigner une suppression de créances — quant à leur existence même — les Romains avaient une expression plus forte que « *compensari* » : c'était le « *computare* ».

(2) A cette formule de WINDSCHEID (« *Die Compensation wirkt nicht ipso-jure, aber sie tritt ipso-jure ein* »), BRUNS a opposé celle qui n'en est que le contre-pied : « *Die Compensation wirkt ipso-jure — tritt aber nicht ipso-jure ein* ».

(3) WINDSCHEID (*op. cit.*, II, p. 462).

primerait le droit de créance quant à son efficacité » (die, Forderungsrecht nach der Seite seiner Wirksamkeit aufhebt). Ceci expliquerait pourquoi « quand le débiteur oppose dans une instance sa contre-créance à la demande du créancier, il ne crée point par là un droit d'exception, mais il fait simplement usage de celui qu'il a acquis » (1). Cette « *Affektionstheorie* », si modérée qu'elle paraîsse par rapport à celle plus ancienne de l'extinction automatique — n'en diffère pas sensiblement en réalité, car bien que Windscheid construise une extinction graduelle, qui passerait par les phases de la coexistence, de la déclaration des parties et de la sentence du juge — il met cependant l'accent sur la réciprocité des créances, si bien que les deux dernières phases ne signifieront que peu de chose, puisqu'elles n'auront qu'à confirmer un résultat déjà acquis et existant simplement à l'état latent : c'est dans ce sens d'ailleurs qu'on a pu dire que cette théorie ne serait qu'« *une résurrection du dogme de Martinus* » (2). De plus — pourrait-on ajouter — on paraît faire preuve d'inconséquence, si l'on reconnaît d'une part que la compensation ne peut se produire que par un acte de volonté et si l'on construit d'autre part des effets juridiques avant cette manifestation de volonté ou sans elle. Il est vrai que l'« *Affektionstheorie* » présente l'avantage de pouvoir donner une base logique et constructive à l'arrêt des intérêts à partir de la coexistence des créances et à la « *condictio indebiti* » accordée à celui qui a payé sa dette dans l'ignorance de son droit de compensation (3) — mais elle n'échappe pas pour cela à ces critiques, dont le bien-fondé ne saurait être contesté. Car, tout d'abord, les sources romaines qui parlent d'une compensation « *ipso jure* » entendent par là une suppression réelle des droits de créance et non pas tout simplement une « *Affektion* » de ces droits.

Ensuite, on a élevé contre la théorie de Windscheid une forte objection, tirée des conséquences auxquelles cette théorie conduirait en cas de pluralité de créances récipro-

(1) WINDSCHEID (*op. cit.*, p. 324).

(2) NOLTE (*op. cit.*, p. 59).

(3) Ce qui la rapproche encore de la théorie de M. GOSSIA.

ques. En effet, il résulterait des dires de cet auteur, que si à une seule créance d'un côté s'en opposent plusieurs autres (par exemple trois) de l'autre côté — *toutes les quatre devraient être paralysées par « l'exceptio perpetua » produite par leur coexistence*. Or, ce résultat semble extrêmement douteux, car on ne voit pas pourquoi une créance — mettons de 100 francs — aurait la vertu de « supprimer quant à leur efficacité » ou « affizieren » trois créances opposées, dont chacune serait de 100 francs ⁽¹⁾. Il est vrai que Windscheid a répondu que *le fondement* (Grund) de l'exception de compensation n'est pas dans le désintéressement du créancier, mais qu'il résiderait plutôt dans le principe « *dolo facit qui petit quod redditurus est* ». Il est vrai également que cet auteur déclare que l'exception de compensation — une fois élevée — suffit pour libérer de l'« Affizierung » — et même avec effet rétroactif — toutes les autres créances du demandeur : mais ce raisonnement ne paraît pas nécessairement acceptable ⁽²⁾ et puis la rétroactivité est un moyen peu recommandable pour se débarrasser des conséquences indésirables, résultées de la construction qu'on a échafaudée.

Quoi qu'il en soit, même si l'*Affektionstheorie* ne paraît pas satisfaisante en elle-même, même si son enseignement ne correspond pas à la véritable conception romaine — ce qu'il convient d'en retenir, c'est qu'une large part de la Doctrine du droit commun attachait à la simple réciprocité de fait des créances une certaine importance juridique, qui était en tout cas infiniment plus grande que celle qui lui revient dans le système actuel de compensation ⁽³⁾.

(1) V. EISELE (*op. cit.*, p. 227), APPLETON (*op. cit.*, p. 474), etc.

(2) Car il y aurait une « Rückwirkung ohne Pendenz ».

(3) Plus ou moins près de WINDSCHEID, se trouvent également DERNBURG et BRINZ. Le premier (*op. cit.*, p. 296) déclare que la réciprocité n'a pas la vertu d'éteindre les créances devenues compensables, mais qu'elle accorde à chaque partie une « Einredebefugnis » qui « n'est pas encore la compensation, mais qui rend possible une compensation », puisqu'elle affecte les créances « dans leur existence objective ». Mais tandis que WINDSCHEID — qui parle lui aussi d'une « exceptio » produite par la réciprocité des créances — s'appuie plutôt sur la fonction défensive de cette exception, DERNBURG semble insister sur sa fonction offensive, car il pense que cette exception produit un effet libératoire pour le débiteur.

Quant à BRINZ (*op. cit.*, p. 9), cet auteur — en face de l'expression

88. — **Theorie d'Azo.** — Cette idée fondamentale qu'on vient d'indiquer pourrait être trouvée même à la base de la théorie qui — en dépit des nombreuses critiques dont on l'a gratifié — fût adoptée par l'opinion dominante du droit commun, surtout au XIX^e siècle : il s'agit de la *théorie d'Azo* ⁽¹⁾. Sous cette dénomination, on faisait d'ailleurs entrer des conceptions souvent différentes, mais qui avaient ceci de commun qu'elles enseignaient toutes que l'effet extinctif de la compensation date de l'arrivée de la « *compensabilité* » ⁽²⁾, mais que pour que cet effet devienne opérant le fait de l'homme (« *factum hominis* ») serait encore nécessaire.

On concevait cette idée, soit en disant que la compensation s'opère de par elle-même, mais seulement en vertu d'une fiction (fiktive Selbstaufhebung), c'est-à-dire que si la compensation est invoquée en justice par l'une des parties en cause, on considérera les créances comme ayant été déjà éteintes dès le moment de leur coexistence ⁽³⁾ ; soit en disant que les créances réciproques sont réellement éteintes de par leur simple réciprocité, mais sous la condition toutefois de l'invocation ultérieure de la part de l'une des parties en cause — ce qui expliquerait la rétroactivité de l'effet extinctif (aufschiebend bedingte Selbstaufhebung »).

Autrement dit, pour cet effet extinctif — et dans la première variante — la coexistence des créances est condition et la déclaration de compensation, cause — tandis que dans la seconde, c'est la coexistence qui est cause et

« ipso-jure compensari » — met l'accent sur « compensari », car s'il ne pense pas que la réciprocité ait une vertu extinctive, les créances en seraient néanmoins « compensées », ce qui dans la pensée de BRINZ, signifie qu'elles sont « pesées ». Et cette « pesée » — image sur laquelle repose toute la construction de BRINZ — signifierait à son tour, non pas une libération des parties, au sens économique du terme, mais une libération simplement juridique, puisque les créances continuent à subsister.

(1) Summa Azonis h. t., § 13.

(2) C'est la traduction du mot « Aufrechnenbarkeit ». V. *supra*, p. 106.

(3) Ceci paraît être d'ailleurs le véritable sens des paroles d'Azo lui-même : « Et dixerunt quidam fieri ipso-jure ut et iam hominis facto not sit opus : et dicunt jus ipsum compensat. Sed ego puto, eam ipso-jure tunc fieri, cum a partibus est opposita ».

la déclaration de compensation n'est que condition ⁽¹⁾. Mais, soit qu'on parle d'une extinction automatique fictive, soit d'une extinction réelle, mais conditionnée par l'acte de volonté des parties — c'est toujours la fiction de la rétro-activité qui constitue le caractère spécifique de la théorie d'Azo, *qui n'est en réalité qu'un compromis entre l'opinion stricte de Martinus et celle plus modérée de Windscheid*.

Quoi qu'il en soit, c'est cette « *Retrotraktionstheorie* » qui fût vite considérée comme dominante dans le droit commun ⁽²⁾, ce qui ne veut toutefois pas dire qu'elle ait été unanimement acceptée — tant s'en faut. Car de nombreux jurisconsultes — et des plus représentatifs — n'ont pas crû devoir l'admettre. Dernburg, par exemple, déclare qu'elle ne serait qu'« *un jeu illusoire, dialectique, mais trop subtil et à la fois trop simple, pour qu'il puisse se gagner des partisans fidèles ; jeu qui est incompatible avec l'esprit juridique vigoureux des Romains et qui n'est qu'un produit raffiné de la scholastique* » ⁽³⁾. En effet, poursuit-il en substance — si l'on pense qu'un certain effet n'arrive qu'à la suite de l'intervention des parties, alors on ne pourrait jamais le considérer « *selon les lois de la logique naturelle* » comme résultant de la simple et propre vertu des faits.

Et l'objection est sans doute fondée, car il y a indéniablement une contradiction dans le fait de demander un « *factum hominis* » pour provoquer un certain effet et puis admettre pourtant la fiction que cet effet serait arrivé de lui-même. C'est ce qu'exprime très bien Brinz, dans une boutade restée célèbre et où il raille — en la parodiant — la théorie d'Azo, par quelques mots dont l'élégance est presque intraduisible : « *Die Compensation tritt nicht von selbst ein ; sobald sie aber nicht von selbst eingetreten ist, ist sie von selbst eingetreten* » ⁽⁴⁾. Car logiquement — il faut opter soit pour l'idée que l'effet extinctif est produit — partiellement ou

(1) V. FEDER (*op. cit.*, p. 454).

(2) Adoptée p. ex. par BETHMANN HOLLWEG (*Rhein. Museum* Bd. 1, p. 257), ARNDTS (*Lehrbuch der Pand.*, p. 430), KRUG (*op. cit.*, p. 58), FUHR (*op. cit.*, p. 10).

(3) DERNBURG (*op. cit.*, p. 299).

(4) BRINZ (*op. cit.*, p. 9).

intégralement — par la simple réciprocité de fait des créances, soit pour la conception que cet effet n'est provoqué que par la volonté des parties. Mais construire une extinction automatique intégrale conditionnée toutefois par « *un factum hominis* », c'est un non-sens (« *contradictio in adjecto* »). C'est ce qui semble également résulter de l'objection que Eisele adresse à la « *Retrotraktionstheorie* », dans laquelle — selon lui — « *un seul et même fait — l'existence juridique des créances réciproques — est affirmé et nié à la fois pour le même espace de temps* » ⁽¹⁾ (*Zeitraum*). Et l'on pourrait ajouter — à la charge de la même théorie — que nulle part dans les sources romaines, on ne fait mention d'une condition quelconque à laquelle serait lié l'effet « *ipso jure* » — ni d'une période d'incertitude (*Pendenzzustand*), qui existerait entre la réciprocité des créances et l'arrivée d'une « *condicio* » quelconque ⁽²⁾.

En dépit de toutes les critiques, la théorie d'Azo continua à dominer dans le droit commun et il faut la retenir puisqu'un rapprochement s'imposera entre elle et la solution adoptée par le législateur allemand moderne dans son article 389 BGB.

89. — Théories relatives. — Pour l'instant, disons encore quelques mots, d'un autre groupe de théories qui ont eu cours dans le droit antérieur quant à la détermination du moment où se produit l'effet extinctif de la compensation : nous pensons aux soi-disants *théories relatives*. A la différence des conceptions précédemment rencontrées, ces dernières théories ont ceci de commun qu'elles ne voient dans la compensation aucun *fait juridique* (*Rechtseignnis*) — mais un *acte juridique* (*Rechtshandlung*) : autrement dit, on pense que l'effet extinctif n'est provoqué que par la volonté des parties. Pareille affirmation constitue sans doute un progrès juridique et logique par rapport aux opinions jusqu'ici examinées — mais ce progrès n'est

(1) EISELE (*op. cit.*, p. 217).

(2) V. aussi APPLETON (*op. cit.*, p. 468).

cependant pas complet, puisqu'on pense parfois ⁽¹⁾ que cette volonté des parties ne pourrait se manifester que devant le juge, car l'« *acte exigé n'est en réalité que l'allégation de la compensation dans une instance* ». Sans doute cette présentation ou allégation (*Vorbringen*) se fera par voie d'exception, mais celle-ci n'aura plus la même signification que l'« *exceptio* » dont parlait *Windscheid*, puisqu'on ne pense plus — comme le faisait cet auteur — que la simple coexistence aurait la vertu d'affaiblir ou de paralyser les créances réciproques. Nous sommes loin de l'« *Affektionstheorie* » et *Geib* déclare d'ailleurs de façon expresse que les créances ne sont aucunement « *affizierter* » de par leur simple réciprocité ⁽²⁾. De même, *Eisele* pense que la coexistence n'exerce aucune influence sur le contenu des créances en présence et qu'elle n'accorde aux parties que la simple possibilité d'invoquer la compensation. Mais cette possibilité — ajoute-t-il en substance — ne saurait être utilisée que dans un procès (ou par voie contractuelle), puisque le rôle du juge est précisément celui de « *suppléer* » au défaut de consentement de la partie adverse et d'accomplir ainsi la compensation par sa sentence. On ne conteste pas dans cette conception que le débiteur pourrait déclarer unilatéralement la compensation, même en dehors de toute instance. Seulement, on pense que cette déclaration n'aurait aucune efficacité par elle-même, puisqu'elle ne peut avoir que la signification d'une offre de compensation analogue à celle de paiement : la partie adverse ne saurait être forcée de s'y joindre — sauf dans un procès. On voit donc que ce dernier groupe de théories — dont on a donné plus haut l'essentiel — attache à l'expression « *ipso jure* » une simple signification formelle judiciaire.

Et l'on invoque en faveur de cette interprétation le fait que la constitution de Justinien dont il s'agit est insérée justement dans le titre sur les actions ⁽⁴⁾. Ainsi, le « *ipso jure* » n'aurait signifié rien d'autre en droit romain que

(1) P. ex. EISELE (*op. cit.*, p. 250), GEIB (*Theorie der gerichtlichen Komp.*, p. 22), SCHWANERT (*Die Komp.*, p. 68), etc.

(2) GEIB (*op. cit.*, p. 22).

(3) EISELE (*op. cit.*, p. 265).

(4) § 30, L. de actionibus, VI, 6.

le droit qu'avait le défendeur de présenter sa créance au juge à tout moment (donc même après la « *litiscontestatio* ») et d'exiger qu'elle soit prélevée du montant de la plainte (Klageabminderung). Cependant cette conception ne paraît pas pouvoir satisfaire toutes les sources en question, car dans certaines d'entre elles ⁽¹⁾ le « *ipso jure* » semble avoir une signification nettement matérielle. Si l'on ajoute à cela le fait que le rôle trop important assigné au juge ⁽²⁾ diminuait en réalité l'importance de la participation des parties, on comprendra pourquoi un second groupe de théories relatives, transportant la compensation sur le terrain du droit matériel, permit à chacune des parties en cause de compenser de façon unilatérale — et en dehors même de toute poursuite. On sait que cette dernière conception, qui est positivement reconnue aujourd'hui, finit par prévaloir même dans ce qu'on a appelé le « *nouveau droit commun* ».

§ 2. Interprétation du système de compensation du BGB

Place exacte de la rétroactivité. Portée de cette fiction

90. Si nous avons exposé jusqu'ici les conceptions qui s'affrontaient en droit commun quant à la détermination du moment où se produit l'effet de la compensation — c'est pour mieux faire comprendre la solution adoptée par le législateur moderne sur le même point. Car la première question qui vient à l'esprit quand on examine la disposition de l'article 389 BGB, c'est précisément de savoir si le législateur de 1900 a fait œuvre d'innovation dans ce domaine ou si la solution se rattache — comme d'habitude — à des conceptions plus anciennes et à des précédents dont il n'a pas voulu ou pu s'écarter entièrement. Et pour ce qui est de la rétroactivité, on ne s'est pas fait faute d'affirmer qu'il ne s'agirait que d'« *une chose ancienne, qu'on n'a rajeunie qu'apparemment* » ⁽³⁾.

Pourtant, ce n'est pas par la rétroactivité que nous com-

(1) P. ex. I. 4, C. 4, 31.

(2) Dont la sentence serait ainsi de nature constitutive et non pas simplement déclarative (V. EISELE, *op. cit.*, p. 250).

(3) LIPPMANN (*Therings I*, Bd. 43, p. 436).

mencerons ici nos considérations, car on ne saurait dégager sa place dans le système actuel — et par conséquent sa véritable signification — si l'on ne connaissait pas d'abord et suffisamment le sens exact du système même. Car il est évident que cette signification sera différente selon la conception que l'on se fait en cette matière et selon l'interprétation que l'on veut attacher à ce système de compensation. Car, il faut bien le reconnaître, l'interprétation du système actuel a été et elle est encore loin d'être uniforme.

Bien au contraire, *du fait de la séparation que le BGB opère entre l'accomplissement et les effets de la compensation*, des controverses ont surgi quant à l'importance qu'il convient d'attribuer respectivement à la *coexistence des créances sujettes à compensation* (Aufrechnungslage) et à la *déclaration de compensation* (Aufrechnungserklärung). Comme nous l'avons déjà fait remarquer, ces nombreuses controverses et interprétations se laissent séparer en deux tendances plus ou moins distinctes : celle qui met l'accent sur la réciprocité des créances et celle qui, par contre, accorde — sinon exclusivement du moins principalement — la prépondérance à la déclaration de compensation. Le moment est venu de donner de plus amples explications à ce sujet.

91. Ainsi qu'on vient de le voir, le droit commun lui-même avait finalement abandonné l'idée suivant laquelle les dettes devenues compensables seraient éteintes ou même paralysées de par leur simple réciprocité de fait. Le code civil allemand reprend cette nouvelle conception et continua dans la même voie, puisqu'il n'a pas seulement transporté en entier la compensation dans le domaine du droit matériel (permettant ainsi aux parties à se passer du concours du juge), mais il a également donné aux mêmes parties la faculté expresse de déclarer la compensation de façon unilatérale et sans qu'il y ait besoin de leur accord pour que cette déclaration devienne efficace.

C'est ce qui décide l'article 388 BGB. (« *La compensation s'accomplit par voie de déclaration envers l'autre partie* »), d'où il résulte implicitement que seule la déclaration de compensation opère l'extinction des créances réciproques et

que, jusqu'à ce moment là, ces créances ne sont ni éteintes, ni même affaiblies, car cette conséquence ne découle pas nécessairement du fait de la seule co-existence. Celle-ci (Die Aufrechnungs-lage) ne fait naître qu'un seul droit, c'est celui qui permet à chaque partie de déclarer à l'autre la compensation : *mais ce droit affecte tout aussi peu les créances réciproques que le droit de les payer*. Bref, la coexistence ne provoque aucun affaiblissement des créances en présence, puisque la cause immédiate et unique de l'effet extinctif n'est que la déclaration de compensation ⁽¹⁾. Sans doute, celle-ci suppose une réciprocité de créances propres à être éteintes par compensation, sans laquelle elle serait en l'air, *mais cette réciprocité n'est que la condition et non pas la cause de l'extinction*. Et de cette affirmation, il en découle une autre — qui n'est en réalité que son corollaire — et qui peut être formulée de la manière suivante : *toutes les conditions indispensables à la compensation doivent être réunies et appréciées au moment de la déclaration de compensation*. Il ne suffirait donc pas que ces conditions aient déjà existé au moment premier de la réciprocité, car si l'une d'entre elles a disparu depuis, la compensation devient de ce fait impossible.

92. Telle est, en essentiel, la construction du système qu'a voulu consacrer le BGB et même si ce code n'est pas toujours resté fidèle à sa conception primitive, il n'en est pas moins vrai que celle-ci reste à la base de la dite construction et qu'elle en conditionne la juste compréhension. Cependant, en dépit de ces considérations, une certaine partie de la Doctrine semble mal se résigner à ne plus faire jouer à la coexistence des créances sujettes à compensation que le mince rôle qui lui est réservé en réalité. C'est pourquoi — et en souvenir peut-être de la signification plus importante que possédait en droit commun cette « compensabilité » — quelques théories lui attribuent encore un rôle sensible sinon prépondérant dans le « processus » de l'extinction.

(1) Cf. ACHILLES (*op. cit.*, § 389), COSACK (*op. cit.*, p. 471), etc. V aussi : RGZ, Bd. 66, p. 273 et Bd. 120, p. 280.

92 bis. — Theorie der bedingten Tilgung. — Parmi les constructions doctrinales auxquelles on vient de faire allusion, il faut noter en premier lieu la *théorie de l'extinction conditionnelle* (Theorie der bedingten Tilgung), qui comporte en réalité plusieurs nuances, mais dont la plus rigoureuse est représentée par *Endemann* ⁽¹⁾. Cet auteur pense (ou plutôt pensait, car il a abandonné lui-même son opinion primitive, dans les dernières éditions de son ouvrage) qu'à partir du moment où elles se trouvent coexister, les créances sujettes à compensation sont virtuellement éteintes. En d'autres termes, on estime que l'effet extinctif serait déjà produit à ce moment-là, mais que pour le « dégagement » (« Auslösung ») de cet effet une déclaration ultérieure de compensation serait encore nécessaire, puisqu'elle aurait le rôle de le faire ressortir définitivement. De sorte que, dans cette conception, ce n'est pas la déclaration de compensation qui supprime les créances, puisqu'elle ne fait que dégager (auslösen) une extinction déjà existante : c'est pourquoi on pense d'ailleurs que cette déclaration ne serait pas de nature constitutive, mais simplement déclarative. *Endemann* part de l'idée que la coexistence des créances doit continuer à jouer, même aujourd'hui, le rôle important qui lui était assigné dans le droit commun et que donc la déclaration de compensation ne peut être qu'une simple condition à laquelle serait liée l'efficacité de l'effet extinctif ⁽²⁾.

Formulée en ces termes, la théorie de l'extinction conditionnelle ne peut être que rejetée, tant dans son fondement, que dans ses conséquences, auxquelles elle mènerait nécessairement. Car, tout d'abord, cette distinction entre l'existence d'un effet (c'est-à-dire, de l'extinction) et son « Auslösung » ultérieure, représente une influence contestable de l'opposition que la philosophie fait entre une « chose en elle-même » (Ding an sich) et son apparence extérieure. Mais le Droit n'a à faire qu'avec le monde des apparences :

(1) *Lehrbuch*, I, p. 644.

(2) La théorie de l'extinction conditionnelle est partagée aussi — mais avec des nuances — par : LIEBKNECHT (*Vorbehaltszahlung*, p. 117), ENNECERUS (*op. cit.*, § 294), PHILIPSBORN (*Gruchots B.*, Bd. 64, p. 294), von HERTZBERG (*op. cit.*, p. 35), etc.

un effet extinctif qui n'apparaît pas parce qu'il n'est pas « dégagé » (« ausgelöst ») est indifférent pour le droit. L'introduction dans une construction juridique d'un effet existant seulement à l'état latent, c'est l'introduction d'une nouvelle inconnue. On peut donc dire que les effets latents ne sont pas des effets juridiques et que ce nom ne le mérite que les effets « dégagés » (ausgelösten) ⁽¹⁾.

Puis, le but même que poursuivent les partisans de la construction de l'extinction conditionnelle — à savoir celui de donner une base logique et constructive à la rétroactivité prescrite par l'article 389 — ne saurait être atteint, car dans le BGB, contrairement à ce qui se passe en droit français, la condition ne rétroagit pas (art. 158 BGB).

Enfin, la théorie de l'extinction conditionnelle va manifestement à l'encontre du texte clair de l'article 388 et même de celui de l'article 389, qui commence par les mots : « La compensation opère (bewirkt)... », ce qui montre que c'est donc toujours la déclaration de compensation qui provoque l'extinction des créances.

Mais la théorie, dont il est question, est encore à condamner pour les résultats inacceptables auxquels elle conduit. Car si les créances étaient éteintes — même sous condition — de par leur simple réciprocité de fait, celui qui a payé sa dette en ignorant sa possibilité de compensation, devrait avoir un droit de répétition, puisqu'il a payé un « *indebitum* ».

Or, nous avons déjà vu que la « *condictio indebiti* » est refusée en pareille hypothèse, sinon par le BGB lui-même, du moins par les Motifs, ainsi que par la Doctrine de la Jurisprudence dominante ⁽²⁾. De même, si la coexistence suffisait à elle seule à faire éteindre les créances réciproques, celles-ci ne sauraient plus être soumises aux autres modes d'extinction, puisqu'on ne peut plus supprimer ce qui est déjà mort. Or, il résulte des dispositions du BGB que, malgré leur réciprocité de fait, chacune des dites créances reste encore soumise aux causes d'extinction qui jouent généralement pour les rapports d'obligation (Schuldverhältnisse). Cette conclusion découle « *per a contrario* » des der-

(1) V. RHEINHOLD (*Diss.*, p. 12).

(2) V. *supra*, p. 105.

niers mots de l'article 390 BGB, selon lequel la prescription n'exclut pas la compensation, si la créance prescrite ne l'était pas encore au moment de la coexistence et par conséquent même si elle se trouve prescrite depuis ce moment-là. Mais, si l'on donne la possibilité à une créance compensable d'être touchée encore par la prescription — et donc de s'éteindre pour une autre cause que celle qui résulte de la réciprocité d'une créance opposée — on reconnaît implicitement que les créances sujettes à compensation ne sont pas supprimées de par leur simple coexistence.

Enfin, si la réciprocité avait à elle seule la vertu extinctive — même partielle — une créance née ultérieurement ne devrait plus pouvoir exercer aucune influence sur les créances qui coexistent. Ceci conduirait à la conclusion nécessaire, qu'en cas de pluralité de dettes — de part ou d'autre — l'imputation devrait suivre *l'ordre de l'ancienneté des dettes*.

Or nous allons voir plus longuement dans le prochain chapitre, que l'article 396 BGB — qui s'occupe spécialement de cette hypothèse — ne tient pas compte de cette conclusion : c'est dire que le législateur ignore ou ne reconnaît même par ses prémisses.

93. Aussi pour conclure, toute théorie qui enseigne que dans le BGB les créances réciproques seraient éteintes — même sous une condition quelconque — de par leur simple coexistence, semble insoutenable, parce qu'elle se heurte aux raisons que nous venons d'exposer. Sont également indéfendables — et pour les mêmes raisons — les opinions qui voient dans la coexistence des dites créances une cause de leur affaiblissement ⁽¹⁾ (*Schwächung*) — puisque celui-ci ne constituerait en réalité qu'une extinction partielle.

Reste encore un certain nombre de théories, qui inspirées de la même idée — faire à la réciprocité de fait des créances sa part plus ou moins large dans le « processus » de l'extinction — essayent cependant de l'intégrer dans une

(1) Comme le pensent p. ex. DERNBURG (*Bürgerliches Recht*, II, p. 288), GIERKE (*op. cit.*, p. 173).

conception beaucoup plus modérée que celles que nous venons d'examiner. Sans doute, ici tout est question de nuance, mais il semble cependant qu'on a voulu remplacer l'extinction ou l'affaiblissement par une sorte de « *liaison juridique* » (rechtliche Gebundenheit) que fonderaient entre elles les créances réciproques du simple fait de leur coexistence : on a appelé cette liaison soit « *rapport de compensation* » (Aufrechnungsverhältnis) ⁽¹⁾ soit « *situation compensatoire* » (Aufrechnungssituation) ⁽²⁾, soit « *nexum compensatoire* » (Kompensationsnexus) ⁽³⁾ ou « *Verfangenheit der Forderungen* » ⁽⁴⁾, soit enfin — dans une traduction appropriée — « *lien de dépendance* » (Vinkulierung). En raison du fait que cette dernière construction représente mieux que toute autre l'état d'esprit dont on vient de parler, nous pensons qu'il ne serait peut-être pas inutile d'insister un peu sur cette « *Vinkulierungstheorie* », appelée ainsi du nom célèbre que lui a donné le grand jurisconsulte Kohler ⁽⁵⁾.

94. Vinkulierungstheorie. Kohler ne conteste pas que dans le BGB la compensation soit devenue un acte juridique (Rechtsgeschäft), c'est-à-dire le produit de la volonté des parties — mais il estime cependant que quelque soit le système de compensation, la coexistence des créances constitue un fait qui doit avoir son importance dans le « processus » de l'extinction. « La compensation — reconnaît-il en effet — se produit par acte juridique, mais ceci n'exclut pas qu'elle soit précédée par une situation de compensation qu'on pourrait appeler « *Vinkulierung* » des créances réciproques. Cette « *Vinkulierung* » a été plus ou moins clairement enseignée par la science des Pandectes. Dans les nouveaux temps, on s'est élevé quelquefois contre elle — mais à tort, car si on l'écartait toute l'institution de la compensation et par là notre vie juridique elle-même — perdrait beaucoup en finesse et en conve-

(1) WEISSMANN (ZZPr. Bd. 26, p. 35).

(2) P. ex. STAUDINGER (*op. cit.*, § 389).

(3) KOBAN (*Zwei Fragen*, p. 38).

(4) QUILLITZ (*op. cit.*, p. 30).

(5) ZZPr. Bd. 24, p. 32 et *Lehrbuch*, II, p. 211.

nance (Angemessenheit). Heureusement le BGB ne l'a pas écartée : il en a accepté le principe et lui a donné une physionomie heureuse ».

Jusqu'ici, *Kohler* n'a rien dit auquel on ne puisse souscrire, puisqu'il est évident que toute déclaration de compensation doit être précédée par une réciprocité de créances, dont elle est même conditionnée. Donc, comme situation de fait, l'affirmation de *Kohler* est parfaitement exacte et la difficulté ne commençait pour lui, qu'au moment où il fallait donner une définition et un caractère spécifique à cette « *Vinkulation* ». La chose était difficile puisque *Kohler* se trouvait pris dans le dilemme suivant : ou la réciprocité possède une signification juridique indépendante et alors elle doit entraîner soit l'extinction complète des créances, respectives, soit leur affaiblissement réciproque (à l'instar de l'« *exceptio* » des Pandectes) ; ou la réciprocité ne représente qu'une situation de fait et alors il paraît inutile de la gratifier d'une dénomination spéciale. *Kohler* cherche un compromis entre ces deux alternatives, sans trop faire pencher la balance d'un côté ou de l'autre.

« La *Vinkulation* — dit-il — est une situation de droit civil (comme il y en a de droit judiciaire) c'est-à-dire un état de choses qui peut être d'importance pour l'évolution juridique, mais qui n'est encore ni droit, ni rapport juridique ». « Et ces situations — poursuit l'auteur, en généralisant un peu son idée — sont imitées d'après la nature (comme d'ailleurs toutes nos conceptions sur les choses abstraites) ; la situation en droit est analogue à une influence naturelle qui — si aucune action ne se produit — disparaît sans laisser de traces, mais qui — si l'action se produit — ressort avec toute la force de l'influence antérieure ».

Ailleurs, *Kohler* exprime d'une manière différente la même idée : « La compensabilité — dit-il — est une situation dans la préparation d'une compensation future : si celle-ci ne se produit pas, même la compensabilité reste sans effets. »

On voit la construction : *Kohler* ne peut accorder d'une part la vertu extinctive à la simple coexistence des créances

puisque ceci contredirait le caractère « rechtsgeschäftlich » qu'il reconnaît par ailleurs à la compensation moderne.

Mais il estime d'autre part, qu'une fois la déclaration de compensation émise, l'extinction que cette déclaration entraîne ne serait pas due uniquement à elle, puisque cette extinction aurait sa source et utiliserait la force dégagée déjà par le rapport de *Vinkulation*. Ce rapport signifierait donc une sorte d'« entrelacement » — pour ainsi dire — des créances réciproques, de manière que leurs destinées fussent désormais liées ensemble. C'est peut-être pour cela qu'on a reproché à cette théorie de « mettre un élément de fatalisme dans les rapports juridiques. Car la compensabilité lierait ensemble les prétentions et les prédestinerait à une extinction concomittante. Ce n'est que le hasard qui pourrait faire que cette liaison soit à nouveau résolue » (1).

Cependant, il ne faut tout de même pas croire que cette liaison (*Vinkulation*) irait jusqu'à l'extinction — même virtuelle — des créances réciproques, comme l'enseignait la théorie de l'extinction conditionnelle. *Kohler* indique lui-même ce qui le sépare de cette dernière conception. « La coexistence des créances — dit-il — ne produit qu'une influence réciproque, limitée, qui ne devient évidente que si l'acte de compensation se produit. Donc, ce n'est pas le fait de ne pas avoir compensé (*Nichtaufrechnung*) qui est réellement opérant, mais celui d'avoir compensé (*Aufrechnung*) ; ce n'est pas le premier qui ressuscite à nouveau les créances, mais c'est l'acte de compensation qui les éteint ; autrement dit, *le rapport n'est pas résolutif, mais suspensif* ». Pourtant, il ne nous semble pas possible de souscrire aux conclusions de *Kohler* et ce n'est pas la théorie des Pandectes que l'auteur invoque à son appui qui nous fera changer d'avis, car aujourd'hui on est en présence de textes positifs et clairs, qu'on ne saurait pas méconnaître. En réalité, si la « *Vinkulierugstheorie* » a été construite, c'est parce que son auteur estimait qu'elle lui permettrait de trouver une base logique et d'intégrer dans le système même de compensation du BGB, certaines dispositions par-

(1) LIPPMANN (*op. cit.*, Bd. 43, p. 457).

ticulières ⁽¹⁾ que le législateur allemand avait prescrit à propos de cette institution juridique — et dont la rétroactivité était visée en premier lieu. Car il paraît évident que pour cette théorie, la disposition de l'article 389 ne peut plus constituer une « *anomalie* » (comme l'appelait Planck), ni même une fiction, puisqu'elle ne fait que tenir compte de la signification du rapport de « *Vinkulation* ». D'ailleurs Kohler déclare lui-même, qu'il ne faudrait pas considérer la rétroactivité comme une fiction. C'est du moins ce qui semble résulter du passage suivant : La coexistence des créances réciproques — dit-il — fait naître un échec mutuel (ein gegenseitiges Schach) qui conduit au mat au moment de la déclaration de compensation. D'ici procède l'idée qu'on a coutume d'énoncer comme une fiction : la déclaration de compensation opère comme si elle était déjà donnée au moment de la réciprocité des dettes, article 389 BGB. »

Cependant l'affirmation que la rétroactivité dont il s'agit pourrait être expliquée autrement qu'en la désignant comme fiction — et cela pour la raison que la déclaration de compensation serait précédée par une situation de compensation (Aufrechnungslage) — est sujette à caution, car même le paiement est précédé d'une situation de paiement (Zahlungslage) sans que pour cela il puisse rétroagir.

95. Et ce qu'on vient de dire de la « *Vinkulierungstheorie* », on pourrait le dire également et dans une plus grande mesure encore — des autres théories précédemment examinées : toutes ont voulu donner une construction sur le mécanisme intime de la compensation lequel la rétroactivité ait sa place logique et son intégration dans ce mécanisme même. On a été amené ainsi à fausser et à dénaturer jusqu'aux caractères fondamentaux du système de compensation unilatérale. Car, la rétroactivité dont il est question ne saurait être expliquée de façon constructive, puisqu'elle n'est qu'une fiction et même une fiction légale, non dogmatique. Qu'il s'agisse bien ici d'une fiction, le prouve d'abord le texte même de l'article 389 quand il

(1) P. ex. les art. 390, 392, 406, etc. BGB.

déclare que «.... les créances sont *considérées* comme ayant été éteintes au moment.... » ; le prouve aussi le passage suivant des Motifs : « La rétroactivité — si on l'avait refusée — on aurait créé du droit clair et simple, qui eût parfaitement correspondu à la conception du projet, selon laquelle les créances coexistent sans changement et restent indépendantes l'une de l'autre jusqu'à la déclaration. Car, avec la rétroactivité, on pourrait dire justement que les créances se trouvent modifiées dès leur coexistence et que le déplacement de l'extinction dans le passé ne serait compatible avec la conception sus-mentionnée qu'à l'aide d'une *fiction juridique* » (1).

Mais avant de chercher quelles ont été les raisons qui ont déterminé le législateur à adopter cette fiction — et si ces raisons sont justifiées ou non — arrêtons nous un instant à la notion même de rétroactivité et à celle plus large de fiction.

96. Brèves considérations sur les notions de fiction juridique et de rétroactivité. — On a défini la rétroactivité : « L'arrivée d'un effet juridique qui ne se rapporte pas à l'avenir, mais qui est traité — selon disposition juridique spécialement de telle manière, comme s'il était déjà arrivé à un moment déterminé dans le passé » (2). Evidemment, la loi ne peut agir sur les faits réels, une fois accomplis, elle ne saurait les changer réellement (« *facta infacta fieri non possunt* »), car ses injonctions n'ont pas de prise que dans « le monde juridique idéal ». Ce qui exprime très bien un arrêt du *Reichsgericht*, à propos même de la compensation : ce qui est possible, dit en effet la Cour suprême — c'est seulement que la loi ordonne qu'on considère la situation juridique comme si l'effet de la déclaration de compensation était arrivé à un moment donné : celui de la coexistence des créances. Ceci n'est pas une rétroactivité (*Rückwirkung*) objective, mais simplement une « référence dans le passé » (*Rückbeziehung*) subjective » (3).

C'est dire encore une fois, que la rétroactivité n'est

(1) Mot. II, p. 109.

(2) HELLWIG (*Festschrift*, p. 25). V. aussi PHILIPSBORN (*op. cit.*, p. 24).

(3) RGZ Bd. 66, p. 273 (arrêt du 25 janv. 1907).

qu'une fiction, car les conséquences naturelles ne peuvent pas rétroagir, comme la chose est possible pour celles juridiques. Sans doute, l'utilité que représente les fictions pour le législateur moderne est grande, surtout quand il veut considérer comme avoir existé ou ne pas avoir existé non seulement une situation juridique quelconque, mais encore toutes les conséquences qui en découlent. La loi pourrait énumérer ces conséquences une à une, mais ce procédé serait difficile et même peu recommandable quand le nombre de ces conséquences est trop élevé, car l'énumération risquerait d'en oublier quelques unes : ici la fiction représente un moyen très commode, puisqu'elle les supprime en bloc ⁽¹⁾.

La même idée — également — semble résulter du passage suivant de *Brinz* : « A un stade supérieur de l'évolution juridique, dit-il — les catégories de l'efficacité et de l'inefficacité juridique » (*rechtliche Wirksamkeit und Unwirksamkeit*) ne suffisent plus. Le droit est obligé de ne pas reconnaître l'efficacité d'un rapport juridique, qui en lui-même serait efficace — et de reconnaître celle d'un autre qui en lui-même serait inefficace. Le rapport juridique respectif est alors considéré comme existant ou inexistant dans une mesure déterminée » ⁽²⁾.

Malgré ces avantages que la fiction peut présenter — surtout dans certains cas — son emploi ne saurait être recommandé. D'abord, parce qu'elle constitue un moyen imparfait d'expression d'une conception juridique ⁽³⁾.

Ihering a déjà dit que toute fiction, en raison de son imperfection même, avertit la science d'avoir à rechercher le plus rapidement possible un moyen plus parfait ⁽⁴⁾. Donc on ne lui reconnaît qu'une utilité transitoire ⁽⁵⁾, ce qui

(1) On parle alors d'une fiction illimitée — par opposition à celles qui n'ont que des effets limités (V. *BERNHÖFT*, *Zur Lehre von der Fiktionen*, p. 20).

(2) *BRINZ* (*op. cit.*, p. 12).

(3) Dans ce sens, *LIPPMANN* (*op. cit.*, Bd. 43, p. 452) déclare : « Les fictions restent toujours des corps durs, inassimilés dans le fluide de la pensée logique juridique ».

(4) *IHERING* (*Esprit du droit romain*, t. IV, p. 296) cité par M. *DEMOGUE* (*Les notions fondamentales du droit privé*, p. 241).

(5) Mais M. *DEMOGUE* ne paraît pas de cet avis, puisqu'il déclare que

paraît raisonnable, car la fiction mène souvent à des rapports juridiques peu clairs et difficilement à traiter. Enfin, *la fiction est un fait contraire à la nature des choses* : « On n'entend évidemment par là — dit M. Demogue — ni que la fiction exprime une chose contraire aux lois physiques, ni même aux lois sociales et morales. On veut dire simplement que la fiction est en opposition avec les règles techniques habituellement reçues ⁽¹⁾. Cependant, il paraît — pour ce qui est de la rétroactivité, — qu'on pourrait même dire qu'« elle exprime une chose contraire aux lois physiques », *puisqu'elle porte atteinte au grand principe de la causalité* : c'est pourquoi d'ailleurs il ne peut y avoir de rétroactivité dans le monde physique. Et « même le législateur, qui peut réglementer le présent et l'avenir, ne saurait pas le faire pour le passé. *Il ne peut pas* — en éludant la loi de la causalité — *prescrire un effet qui chronologiquement soit situé avant sa cause*. Par contre le législateur est souverain dans la construction intime des effets juridiques qu'il veut attacher à un état de choses déterminé » ⁽²⁾.

Dans le même sens — et toujours à propos de la rétroactivité — on pourrait ajouter que, du moment où l'on reconnaît qu'un acte produit un certain effet, c'est une contradiction évidente de ne lui attacher en réalité qu'une simple valeur déclarative, comme s'il n'avait fait que confirmer un effet déjà existant. D'autre part, il y a encore contradiction à dire que les effets produits entre temps sont considérés comme n'avoir jamais existé.

97. Sens exact de la disposition de l'article 389 BGB.

— Du bien fondé de ces quelques considérations d'ordre général que nous venons de faire, on se rendra mieux compte si l'on passe à l'examen de plus près de la disposition de l'article 389, qui prescrit — comme on sait — la rétroactivité de la déclaration de compensation. Sans doute, la première chose qu'on peut se demander à propos

« la fiction a une raison d'être permanente et non pas seulement provisoire, lorsqu'elle traduit exactement les besoins auxquels on veut donner satisfaction ».

(1) M. DEMOGUE (*op. cit.*, p. 243).

(2) THUR (*Allgemeiner Teil des BGB*, § 42).

de cette disposition, c'est de savoir si sa construction ne s'apparente pas ou — même plus — si elle n'est qu'une reconstruction de l'ancienne formule d'Azo, que nous avons déjà rencontrée dans le droit commun. Et on ne peut pas nier qu'un certain rapprochement s'impose entre les deux conceptions, bien qu'il subsiste encore entre elles une différence sensible — d'ordre théorique surtout — qu'il convient de mettre en lumière. Car, il importe de bien remarquer, que, malgré la disposition de l'article 138g, le BGB ne connaît aucune fiction d'une extinction automatique (*Selbstaufhebung*) des créances réciproques : en d'autres termes, le BGB ne dit pas qu'on devrait considérer les choses comme si l'effet extinctif était arrivé de lui-même au moment de la coexistence des créances (ou même, comme si la déclaration de compensation était déjà donnée à ce moment là). Non, l'article 38g déclare tout simplement que « la compensation *opère* (*bewirkt*) », donc que l'extinction des créances n'est produite qu'à peine actuellement, mais que cet effet actuel — et lui seul — est reporté à l'aide d'une fiction au moment de la coexistence des créances en cause. Cette interprétation de l'article 38g est la seule exacte, puisqu'elle conduit au corollaire qui paraît incontestable, à savoir que les conditions indispensables à la compensation doivent être réunies et appréciées au moment actuel de la déclaration, *car la rétroactivité ne contient aucune extension de ces conditions* ⁽¹⁾. Sauf cette conséquence importante, les autres résultats pratiques des deux conceptions sont à peu près les mêmes : arrêt des intérêts à partir de la réciprocité, exclusion des causes pénales après ce moment là etc... Mais *au point de vue théorique*, la solution adoptée par le BGB — dans l'interprétation qu'on vient d'indiquer — représente, disons-le, un certain progrès par rapport à celle d'Azo, parce qu'elle signifie en tout cas qu'on en a fini avec l'effet extinctif automatique, dont tout le droit commun n'avait pas réussi à se débarrasser, hanté qu'il était par le célèbre « *ipso jure* » des sources romaines ⁽²⁾. Mais, d'autre part, la position du BGB n'échappe

(1) Contre : ENNECERUS (*op. cit.*, § 294), KOHLER (*op. cit.*, p. 38).

(2) Dans ce sens, HARTLAUB (*Diss.*, p. 102) déclare : « La rétroactivité

pas pour cela à de nombreuses critiques et surtout à celle qu'elle constitue une véritable inconséquence par rapport à la conception de compensation unilatérale, que ce code avait pourtant clairement adoptée. Car, dans cette conception, la compensation représente sans contesté un « *acte juridique* » (*Rechtsgeschäft*) et la rétroactivité d'un pareil acte ne se conçoit régulièrement pas, puisqu'il ne peut produire des effets qu'à partir du moment où on l'a entrepris (« *ex nunc* » et jamais « *ex tunc* »). C'est pourquoi — et en dehors des difficultés d'ordre pratique auxquelles elle donne lieu et sur lesquelles nous allons revenir dans un instant — *la rétroactivité de l'article 389 représente sûrement une atteinte et une diminution de la valeur théorique du système de compensation du BGB, qu'elle transforme plutôt dans un compromis entre certains effets de la compensation légale et l'idée d'une compensation par acte juridique.*

98. La critique contre la déclaration de compensation à effet rétroactif — et contre ce qui n'en est qu'une conséquence : l'arrêt des intérêts ou l'exclusion de toute cause pénale à partir de la réciprocité des créances — pourrait être encore formulée d'une autre manière. La compensation représente, en effet, un mode d'extinction d'obligations au même titre par exemple que celui représenté par le paiement. On pourrait donc mettre fin à une obligation par la compensation, mais on ne devrait pas pouvoir influencer ou changer par là — et dans quelque sens que ce soit — son contenu. Or, qu'est-ce que constitue en définitive le fait d'écarter toujours et dès le premier moment de réciprocité, les intérêts, les clauses pénales, etc... qu'ont fait naître les créances qui se sont trouvées coexister l'une vis-à-vis de l'autre — sinon non seulement l'extinction de ces créances, *mais encore la modification de leur contenu* ? Or, ceci paraît contraire à l'idée que chaque obligation représente une individualité indépendante, qui ne saurait être mise en échec par le simple fait de l'opposition d'une autre obligation, sans même qu'il y ait entre elles aucune identité de

représente l'influence du « *ipso-jure* » romain, mais toutefois c'est une autre chose que celle que les Romains ont voulu construire eux-mêmes. »

cause. Dans ce sens, les paroles de *Lippmann* (citant Goldschmidt) sont sans doute exactes : « Quand Goldschmidt déclare qu'en cas de rétroactivité de la déclaration de compensation, celle-ci n'est plus seulement un mode sui-generis d'extinction d'obligations, mais qu'elle exerce également une très grosse influence sur l'étendue (Umfang) des obligations, ces dernières paroles ne disent pas tout ce qu'il faudrait dire. Car la compensation empiète plutôt même sur l'existence (Bestand) des obligations encore pendantes et les lie étroitement comme seul un contrat synalagmatique pourrait le faire » ⁽¹⁾.

99. Raisons invoquées à l'appui de la rétroactivité de l'article 389. — Discussion. — En face de ces objections visant la rétroactivité — et qui n'ont pas du être ignorées par le législateur de 1900 — on est en droit de se demander quelles ont été pourtant les raisons qui ont déterminé ce législateur d'adopter malgré tout cette fiction.

Ces raisons sont — paraît-il — d'ordre historique et pratique ; elles ont été clairement indiquées par un passage des Motifs : « Si le projet — déclarent en effet ceux-ci — a adopté la rétroactivité, c'est parce qu'autrement la valeur pratique de l'institution (de la compensation) aurait été diminuée, car les intérêts, la « mora » les clauses pénales etc. eurent dépendu uniquement de la déclaration de compensation. Pour satisfaire aux besoins du commerce et pour rester en accord avec le droit en vigueur, on a fait donc appel à une fiction, ce qu'ont d'ailleurs fait d'autres codifications modernes qui ont abandonné l'extinction automatique. Mais il faut bien le dire — ce faisant, on a fait perdre au principe fondamental, beaucoup de sa clarté et de sa simplicité » ⁽²⁾.

On voit par conséquent, que les rédacteurs du premier projet ont voulu tenir compte des précédents historiques — et parmi ceux-ci, on ne fait pas allusion seulement au droit commun, mais aussi aux codifications de l'époque et en premier lieu au *projet de code civil de Dresde*, qui dans son

(1) LIPPMANN (*op. cit.*, Bd. 32, p. 188).

(2) Mot., II, p. 109.

article 382 édictait une disposition analogue à celle de l'article 389 BGB.

Pourtant, ces arguments d'ordre historique n'auraient pas dû avoir la force de conserver une chose, dont on connaissait les inconvénients, d'autant plus que non seulement dans le droit commun, mais même dans les codifications de l'époque, le système de compensation unilatérale n'était pas aussi fortement établi qu'il l'est aujourd'hui dans le BGB. Quant aux arguments d'ordre pratique — à savoir que la rétroactivité rehausserait la valeur pratique de la compensation — ils sont également douteux et ils ont été d'ailleurs contestés par la minorité même de la seconde commission — où la question de conserver ou de rejeter la rétroactivité donna lieu encore à des discussions très serrées.

En effet, la minorité soutenait qu' « il ne correspond pas aux vues de la vie pratique de décider que — quand la compensation sera déclarée — les créances seront à considérer comme économiquement éteintes dès le moment où la compensation était devenue possible, car on pense plutôt dans le monde des affaires — comme le montre d'ailleurs le rapport de compte courant — que les créances réciproques devraient rester indépendantes et sans modification jusqu'à la déclaration de compensation ». Cette affirmation de la minorité semble sans doute très juste, car du moment qu'on a laissé la compensation à la volonté des parties, il aurait fallu que ce soit également cette volonté qui puisse déterminer le moment où doit se placer l'effet extinctif. *Les choses se passent ainsi en matière de compte courant, qui est bâti justement sur l'exclusion de la rétroactivité.*

N'empêche — en dépit de ces considérations — la majorité de la seconde commission jugea bon de conserver la fiction adoptée déjà par le premier projet. Ce faisant, elle a cru pouvoir s'appuyer sur l'idée de garantie qui est sans doute à la base de la compensation unilatérale — et s'opposer ainsi aux arguments de la minorité, en déclarant qu' « il n'est pas d'usage que le débiteur — au cas où il acquiert une créance contre son créancier, déclare la com-

pensation sur le champ contre ce dernier ; le débiteur a plutôt coutume d'attendre jusqu'à ce que le créancier lui en donne l'occasion — c'est-à-dire, jusqu'au moment où ce dernier invoquerait sa créance. Cependant, dès le moment où les deux créances co-existent en tant que propres à la compensation, chaque partie a entre les mains ce qu'elle peut demander à l'autre et elle pourrait même en disposer, car chacune d'entre elles pourrait anéantir par compensation la créance de l'autre. Malgré cette possibilité, les deux créances subsistent sans modification et il n'y aura peut-être point de compensation. Mais, si celle-ci se produit, elle accorde son désintéressement à chaque partie, non seulement pour l'avenir mais également pour le passé (rétroactivement), car chaque partie a eu entre ses mains ce qu'elle était en droit de demander à l'autre et ceci en vertu de la situation juridique sur laquelle repose la compensation. Pour cela, il paraît équitable — conclut la majorité de la seconde commission — que le cours des intérêts s'arrête à partir de la coexistence des créances et qu'on ne puisse plus parler de retard du débiteur à partir de ce moment-là.

Du rapport de compte-courant — ajoute-t-elle encore — on ne saurait tirer aucune objection, car là, les postes — pris individuellement — ne coexistent pas en tant que créances échues, puisqu'ils n'arrivent à la balance (*Ausgleichung*) qu'au moment du solde, si bien qu'avant celui-ci, les conditions de la compensation n'existent pas » ⁽¹⁾.

100. L'idée que la compensation représente une garantie pour le désintéressement des parties en cause est très exacte, mais elle ne peut prouver que par la compensation on aboutit économiquement à une situation analogue (bien que non-identique) à celle où les deux créances eussent été effectivement payées. Autrement dit, cette idée peut justifier le principe même de compensation (surtout unilatérale), mais elle ne saurait par contre justifier ni la rétroactivité, ni surtout l'incompatibilité qui existe entre cette fiction et un système de compensation par acte juridique. On a vu que la majorité de la seconde commission, semblait insister sur le fait

(1) Prot., I, p. 366.

que dans la conception de la vie pratique — si deux personnes sont tenues par des dettes réciproques — on ne considère plus que l'une d'entre elles devrait quelque chose à l'autre et que toutes les deux se tiennent plutôt pour libérées dès le moment de la réciprocité de leurs dettes.

Pourtant cela ne paraît vrai que si l'on juge les choses « *in-abstracto* », c'est-à-dire, si l'on pense qu'il s'agit de deux dettes exactement de même valeur et — au cas où ces dettes seraient productives d'intérêts — qu'elles en produisent toutes les deux à un taux égal : or il semble inutile d'ajouter que c'est là une hypothèse qui arrivera très rarement en pratique. *Plus fréquents seront les cas où une créance moindre suffira à tenir en échec une autre plus grande et qu'au moyen d'une créance sans intérêts on pourra empêcher une dette d'en produire.* Nous allons analyser d'ailleurs plus loin ces effets de la rétroactivité : bornons-nous ici de constater que les arguments invoqués par la seconde commission ne paraissent pas satisfaisants, ni conformes à la réalité des choses.

101. C'est pourquoi nous pensons qu'il conviendrait plutôt d'interpréter restrictivement la disposition de l'article 389 ⁽¹⁾, non tellement pour la raison que cette interprétation serait de principe à l'égard de toute fiction ⁽²⁾, mais surtout parce que la loi elle-même paraît en avoir donné l'exemple, *puisqu'elle n'a pas tiré de la rétroactivité dont il est question toutes les conséquences qui auraient dû en résulter.* Ainsi, pour n'en citer qu'un seul cas où la solution eût été différente si la rétroactivité avait été appliquée, on n'a qu'à se référer à l'hypothèse où il existe une pluralité de dettes réciproques ⁽³⁾. C'est une situation réglementée par l'art. 396 BGB, dont nous parlerons plus longuement dans le chapitre suivant. Ici demandons-nous tout simplement qu'elle aurait du être la solution dans cette hypothèse, vu le principe de la rétroactivité ? On aurait du décider sans doute, que l'imputation devra suivre l'ancienneté des dettes, car, en vertu de

(1) Dans le même sens : LEONHARD (*Archiv f. b. Recht*, Bd. 21, p. 176), LIPPMAHN (*op. cit.*, Bd. 32, p. 186), SCHOLLMAYER (*op. cit.*, § 382), etc.

(2) Contre ce principe s'élève d'ailleurs M. DEMOGUE (*op. cit.*, p. 242).

(3) V. d'autres exemples dans les art. 357, 554 BGB.

la dite fiction, l'effet extinctif est censé avoir survenu dès la réciprocité des plus anciennes (c'est-à-dire des dettes qui ont coexisté les premières). Or, la solution légale est loin de suivre cette voie, puisqu'elle donne d'abord à la partie compensante le droit de choisir l'imputation qui lui convient. Il est vrai que ce droit sera purement nominal, puisque l'autre partie aura la faculté d'y faire opposition sans retard et que cette opposition mettra en branle l'imputation légale : cependant, il convient de bien remarquer que même cette imputation légale ne tient compte qu'en *quatrième lieu* de l'ancienneté des dettes ⁽¹⁾.

102. On peut donc dire que la rétroactivité ne saurait être reconnue comme principe dirigeant de la matière, mais plutôt comme une simple indication qui reste souvent sans effet dans la loi elle-même. Et même dans cette application restreinte, la rétroactivité de la déclaration de compensation fera souvent naître de nombreuses difficultés pratiques. En effet, puisque cette fiction signifie que l'effet extinctif devra être reporté au moment où les créances se sont trouvées co-exister en tant que propres à la compensation — c'est ce moment qu'il faudra déterminer ; or c'est justement une chose qui, souvent, est assez difficile de faire pratiquement, surtout quand la déclaration de compensation survient longtemps après la réciprocité des créances. En effet, ce qui aurait pu simplifier la question, c'eût été que la dite « compensabilité » coïncidât avec l'exigibilité des créances en cause, car ce dernier moment est plus facilement déterminable. Or, *il résulte de l'article 387 BGB que les deux moments ne coïncident pas*, car la loi ne demande point que les deux créances qui viennent en compensation soient toutes les deux exigibles ⁽²⁾. *L'exigibilité n'est demandée que pour la créance de la partie qui compense* : c'est cette partie seule qui devra opposer en compensation une créance exigible, mais elle pourra cependant déclarer la compensation même si sa dette ne l'est pas encore. Elle le pourra dès le moment

(1) V. aussi *infra*, p. 191.

(2) Comme le fait par contre le Code civil français (art. 1291), le Code fédéral suisse des obligations (art. 120) et comme le faisait avant eux le Code prussien de 1794 (ALR, I, 16, § 343).

si elle est en droit d'exécuter sa dette : mais ce *moment*, qui est déterminé par l'art. 271 BGB, peut quelquefois devancer celui de l'exigibilité de la créance en cause ⁽¹⁾ : autrement dit, le droit de s'acquitter ne coïncide pas toujours avec l'exigibilité. Ainsi, le point déterminant pour l'effet rétroactif de l'article 389 pourra être différent suivant que c'est le créancier ou le débiteur d'une créance qui déclare la compensation : en d'autres termes, « la compensabilité » peut se situer à des moments différents, selon que l'on se place du point de vue d'une partie ou de l'autre, parce que la faculté de compensation de ces parties se situe elle aussi à des moments différents. Sans doute, la détermination de l'étendue de la rétroactivité devra se conduire dans un cas donné, d'après le moment où la compensation est devenue possible pour la partie compensante. Mais encore une fois, ce moment ne coïncide pas avec celui de l'exigibilité des créances en présence — et ceci peut rendre difficile sa détermination pratique ⁽²⁾.

SECTION II

EFFETS DE LA RÉTROACTIVITÉ DE L'ARTICLE 389 BGB

§ 1 Arrêt du cours des intérêts à partir de la réciprocité des dettes

103. Le premier effet de la disposition de l'article 389 (et s'il en faut en croire les Motifs, celui pour lequel cette disposition a été d'ailleurs adoptée) devrait être l'arrêt du cours des intérêts des dettes à partir du moment de leur réciprocité. Mais ce qu'il convient toutefois de remarquer avec attention, c'est que cette conclusion ne résulte pas avec nécessité du texte de la disposition citée. En effet, comme on sait, l'article 389 déclare que « les créances sont considérées comme ayant été éteintes dans la mesure où elles se couvrent mutuellement (*soweit sie sich decken*) », au moment où elles se sont trouvées coexister en tant que propres

(1) C'est ce que SCHLICHTING (*Diss.*, p. 25) exprime en disant que le « Fordern-Können » et le « Bewirken-Können » ne coïncident pas toujours.

(2) A propos de ces difficultés, voir aussi BINDER (*Beiträge zur Auslegung des BGB*, Heft 1, p. 21) et LANGHEINEKEN (*Recht*, 1902, p. 385).

à la compensation. Mais que signifie-t-elle au juste, l'expression « dans la mesure où elles se couvrent mutuellement » ? C'est sans doute l'équivalent de l'expression analogue qu'emploie le Code civil français (« *jusqu'à concurrence de leur quotité respective* ») ou de celle des sources romaines (« *quoad concurrentes quantitates* »). Mais ceci ne constitue pas une réponse suffisante à notre question, car celle-ci se pose de façon particulière dans le BGB. Il ne faut pas oublier, en effet, que l'expression dont il s'agit est contenue dans une disposition qui vient après celle de l'article 388, qui — en s'en souvient — déclarait clairement que « la compensation s'accomplit par voie de déclaration envers l'autre partie » d'où il devrait résulter logiquement que les intérêts continuent à courir jusqu'à ce moment-là. Aussi, en face du texte peu clair de l'article 389, il est permis de se demander s'il faut juger « leur quotité » (des créances) telle qu'elle se présente au moment de la déclaration de compensation ou s'il faut tenir compte plutôt du montant que les créances avaient au jour premier de leur coexistence ? En d'autres termes, faut-il entendre par « leur quotité » le capital — seul — des créances (et éventuellement les intérêts courus avant leur réciprocité) — ou faut-il y faire entrer par contre même les intérêts courus depuis que les créances se trouvent coexister en tant que propres à la compensation et jusqu'à la déclaration de celle-ci ?

On peut avouer qu'il y aurait en faveur de cette dernière interprétation quelques considérations qui ne sont pas dénuées d'intérêt : d'abord le fait que le texte légal peut être pris — comme on vient de le voir — dans un double sens (il est ambigu). Ensuite, l'idée — sur laquelle nous avons insisté à temps — que la rétroactivité n'est qu'une fiction de droit strict, qui ne saurait être expliquée de façon constructive et que donc malgré elle, dans la construction du système de compensation du BGB, seule la déclaration de compensation reste la cause de la suppression des créances réciproques. Enfin, un argument tiré de l'alinéa 2, article 396 BGB, disposition qui déclare que « *Si la partie qui compense doit à l'autre — outre le capital — des frais et intérêts...* » — on devra suivre une imputation spéciale. Ce n'est pas à cette imputation que nous voulons nous arrêter

ici (puisque on en parlera plus largement dans le prochain chapitre), mais au fait que la loi parle d' « *intérêts dus à la partie adverse* » et dont on doit tenir compte à l'imputation. Or, dire que cette disposition ne se rapporte qu'aux intérêts courus déjà avant la « *compensabilité* », c'est faire un « *distingo* », qui — rigoureusement parlant — ne trouve pas un appui direct dans le texte légal, puisque celui-ci ne le fait pas. D'autant plus que ce second alinéa de l'article 396 ne trouverait sa pleine raison d'être que si l'on admet qu'il se réfère à tous les intérêts qu'une partie doit à l'autre.

104. Que ces arguments méritent d'être pris en considération, le prouve justement le fait qu'ils le sont effectivement et par des esprits éminents, qui déclarent en effet, que le cours des intérêts des créances réciproques ne s'arrête qu'au moment de la déclaration de compensation — et que donc pour calculer la quotité des créances respectives, il faudra tenir compte des intérêts courus aussi bien avant la coexistence qu'après ce moment-là ⁽¹⁾.

Sans méconnaître le sérieux des considérations qu'on vient d'exposer, il ne nous semble pas pourtant qu'on puisse souscrire à la conclusion qu'on veut en tirer. Et on ne le peut pas, non seulement parce que ce serait faire fi des indications données à ce sujet par les Motifs, mais aussi — et surtout — parce que si les intérêts (ainsi que les autres prestations accessoires) continuent à courir après le moment de la coexistence des créances réciproques, on ne voit pas quelle importance pourrait encore avoir la disposition de l'article 389 : en réalité *cette disposition serait vide de sens*, elle resterait en l'air. Or, ce n'est pas une manière d'interpréter un texte légal que celle de le faire aboutir à un non-sens ou à ne plus rien dire du tout. C'est pourquoi nous pensons plutôt que les intérêts des créances dont il est question doivent s'arrêter dès le moment où celles-ci se trouvent coexister l'une vis-à-vis de l'autre tant que propres à la compensation et que, par conséquent, l'article 396, alinéa 2 ne peut se rapporter qu'aux intérêts courus déjà avant ce moment-là.

(1) V. FEDER (*op. cit.*, p. 459), LEONHARD (*op. cit.*, p. 625), BERGMANN (DJZ, 1928, p. 1008), etc.

105. — Inconvénients de l'arrêt uniforme du cours des intérêts. — La loi veut donc qu'il n'y ait plus d'intérêts à partir de la réciprocité de deux créances sujettes à être compensés ⁽¹⁾ (et au cas bien entendu où toutes les deux ou l'une d'entre elles en produisent). Mais cette solution est-elle parfaitement équitable ? Ne constitue-t-elle plutôt un avantage démesuré accordé au titulaire de la créance sans intérêts ou à un taux inférieur à celui de la créance de l'autre partie ? Quoi qu'il en soit, il ne paraît pas possible — si l'on veut répondre par la négative — de s'appuyer sur une analogie avec le droit romain, car à Rome, la situation se présentait différemment sur ce point ⁽²⁾ et les intérêts surtout n'avaient pas une individualité et une indépendance telles que nous les concevons aujourd'hui. Ils ne les avaient pas, parce qu'à Rome on ne pouvait pas poursuivre de façon indépendante et à elle seule — une créance constituée uniquement d'intérêts, car ceux-ci n'étaient accordés que « *ex officio judicis* ». Lippmann indique très bien qu'elle était à ce propos la situation en droit romain : « Celui-ci, dit-il, ne connaissait aucun effet rétroactif de la déclaration de compensation. Ce qui pouvait faire croire à cela, c'était le fait que le droit romain ne connaissait pas une liberté de compensation (*Kompensationsfreiheit*), une capacité de compensation (*Kompensationsfähigkeit*) des créances dans le sens moderne — donc ni une possibilité de compensation entre une créance de capital (*Kapitalforderung*) et une créance d'intérêts (*Zinsforderung*), ou même entre deux créances constituées exclusivement d'intérêts : il ne connaissait la compensation qu'entre des créances de capital, où

(1) Cf. l'opinion dominante en Doctrine (OERTMANN, *op. cit.*, § 389 ; SCHOLLMEYER, *op. cit.*, § 389 ; COSACK, *op. cit.*, p. 471 ; HECK, *op. cit.*, p. 184 ; PHILIPPSBORN, *op. cit.*, p. 42, etc.) et en Jurisprudence (RGZ, Bd. 101, p. 114).

(2) En effet, en droit romain l'arrêt du cours des intérêts à partir de la réciprocité des dettes devenues compensables — n'était pas une conséquence de l'extinction automatique de ces créances ou d'une vertu rétroactive de la déclaration de compensation (comme en BGB), mais il n'était que la conséquence d'une disposition légale positive (*Constitutio Severi*, l. 11, D. 4,6), prescrite pour des raisons d'équité et décidant que les intérêts doivent cesser à partir de la réciprocité si l'une seule des dettes en produit ou si leur taux est différent (V. aussi EISELE, *op. cit.*).

les intérêts — unilatéraux ou bilatéraux, à taux égal ou inégal — ne venaient plus en ligne de compte.

Aussi, puisqu'en droit romain une créance d'intérêts ne pouvait être poursuivie d'une manière indépendante (c'est pour cela d'ailleurs qu'il n'y avait pas de « *conditio indebiti* » pour répéter les intérêts payés par erreur), puisque les intérêts moratoires et surtout ceux légaux n'étaient à prêter que « *ex officio judicis* », donc à peine par « *l'arbitrium* » du juge — on pouvait trouver naturel — continue Lippmann — qu'en cas de compensation de deux créances, les prestations accessoires de celles-ci ne soient pas prises en considération. Puisque la compensation n'était que l'invocation d'une prétention indépendante en vue de la diminution de la condamnation — la compensation au moyen d'une simple prétention d'intérêts apparaissait impossible » ⁽¹⁾.

Est-il besoin d'ajouter que la situation n'est plus la même aujourd'hui ? Pour la vie juridique moderne, une créance d'intérêts représente la même valeur économique qu'une créance de capital — et ce qui plus est, la loi accorde quelquefois sa préférence aux intérêts. D'autre part, aujourd'hui, tout ce qui touche à ceux-ci n'est plus seulement du domaine de l'équité comme à Rome, puisque des textes positifs et précis s'y rapportent et en règlent les problèmes qui les intéressent ⁽²⁾. Il s'ensuit que les créances d'intérêts sont actuellement poursuivables de façon indépendante (elles ont « *selbständige Klagbarkeit* ») et nous avons déjà vu que contrairement à ce qui se passait en droit romain, le débiteur qui a payé par erreur des intérêts qu'il ne devait pas, aura le droit de les répéter. Mais, puisque les intérêts sont maintenant poursuivables, ils doivent pouvoir être même compensables et on ne voit pas pourquoi ils ne devraient pas entrer en ligne de compte en cas de compensation de créances de capital. C'est cette considération qui a fait dire à Lippmann : « *Même si — pour le droit romain — l'idée de rétroactivité pouvait avoir encore un sens, elle l'a complètement perdu*

(1) LIPPMANN (*op. cit.*, Bd. 32, p. 172).

(2) V. p. ex. art. 246-248, 288, 289, 301, 367, 379, 452, 608, 820, etc., BGB.

aujourd'hui ». Elle l'a perdu également pour une autre raison, qui n'existait pas — elle non plus — en droit romain : il s'agit de la liberté de cession qui existe pleinement aujourd'hui, mais dont on connaît le caractère incomplet et précaire qu'elle possédait à Rome. Or la rétroactivité — dit encore, en substance, *Lippmann* — peut porter atteinte au principe (qui n'est en réalité qu'un corollaire de la liberté de cession) de la divisibilité illimitée des obligations. Car « supposons — ajoute-t-il — que l'une des parties cède à un tiers les intérêts légaux ou conventionnels de sa créance (ce qui est sans doute possible, puisque ces intérêts ne sont qu'un accessoire de la créance principale, dont on peut les séparer). Est-ce que le « cessus » pourrait — au cas où le cessionnaire s'avise de poursuivre ces intérêts — déclarer qu'il ne reconnaît pas leur séparation, pour la raison qu'il possède une créance de capital contre le cédant et au moyen de laquelle il pourrait faire éteindre aussi bien le capital de ce dernier que les intérêts poursuivis ? Pourrait-il demander le rejet de la plainte (du cessionnaire), en arguant qu'il a déclaré entre temps la compensation au sujet de la créance principale restée au cédant ? » ⁽¹⁾.

Selon la rétroactivité, la réponse à cette question ne peut pas faire de doute : le « cessus » poursuivi pourra sûrement se défendre de cette manière ⁽²⁾. Mais il faut reconnaître que ceci signifie nier à la fois la « *selbständige Klagbarkeit* » des intérêts et la possibilité de les séparer librement de la créance principale.

106. Pour toutes ces raisons, l'arrêt uniforme des intérêts dès le moment où deux créances se trouvent coexister l'une vis-à-vis de l'autre, en tant que propre à la compensation apparaît inique et contestable — il est inique non seulement parce qu'il constitue — comme on l'a vu un avantage démesuré accordé au titulaire de la créance qui ne produit pas d'intérêts ou qui en produit, mais à un taux inférieur à celui de l'autre créance ; mais il est inique également parce qu'il ne semble même pas correspondre aux vues de la vie commerciale, car les hommes

(1) *LIPPmann* (*op. cit.*, Bd. 43, p. 439).

(2) Cf. *LANG* (*op. cit.*, p. 55).

d'affaires ont l'habitude plutôt « *de compter de façon indépendante les intérêts de leurs créances et de leurs dettes* » ⁽¹⁾. L'arrêt dont il s'agit et auquel conduit la rétroactivité, ne pourrait paraître raisonnable qu'au cas où les deux créances réciproques sont productives toutes les deux d'intérêts et encore au même taux exactement (ou dans certaines autres hypothèses tout à fait exceptionnelles) ⁽²⁾. Par contre, il est critiquable dans l'immense majorité des cas, c'est-à-dire là où les créances ne sont pas productives toutes les deux d'intérêts et surtout au même taux (et là où il s'agit de créances qui ne sont pas résultées du même rapport juridique). Enfin, la rétroactivité dont il est question apparaît particulièrement contestable quand le débiteur qui en profite se trouve déjà en retard avec sa prestation (donc, quand il s'agit d'un débiteur de mauvaise foi), car cette fiction lui permettra d'échapper à l'obligation de payer des intérêts moratoires ou de les répéter, s'il les a déjà payés. Or, on comprend sans peine que donner à ce débiteur la possibilité d'écarter ultérieurement et rétroactivement des intérêts déjà nés, *c'est l'engager à spéculer aux dépens de la partie adverse*.

§ 2. Autres conséquences de la disposition de l'article 389 BGB

107. Une autre conséquence de la rétroactivité de la déclaration de compensation devra être « la mise à néant de la demeure de l'un des deux débiteurs, à supposer qu'elle existât au jour où se réalise la réciprocité des dettes — et celle d'une clause pénale qui se fût trouvée encourue ce jour-là ou de tout autre effet provenant de l'inexistence de l'une des deux dettes » ⁽³⁾.

Avant de juger ces nouvelles conséquences en elles-mêmes, disons tout d'abord qu'on a prétendu qu'elles auraient dû être acceptées même sans l'idée de la rétroactivité de l'effet extinctif ⁽⁴⁾. Car, dit-on, pour leur naissance, une « culpa » du débiteur serait nécessaire. Or, pour ce qui est de la « mora », il résulterait déjà de sa réglementation légale,

(1) LEONHARD (*Aufrechnung*, p. 197).

(2) V. LANDAU (*op. cit.*, p. 44).

(3) Code civil allemand annoté par BUFFROIR, HAMEL, etc.

(4) V. KOHLER (*op. cit.*, p. 36) et LIPPMANN (*op. cit.*, Bd. 43, p. 435), etc.

qu'en cas de réciprocité de deux dettes devenues compensables on ne puisse plus parler d'une demeure de l'un des intéressés. Car cette notion — de retard dans la prestation d'une dette — suppose toujours d'après le BGB une faute (*Verschulden*) du débiteur : or « il ne peut y en avoir aucune, s'il refuse de prêter justement parce qu'il possède le droit de compenser. Il n'y a pas d'obligation pour le débiteur de déclarer la compensation tout de suite après qu'il en a acquis la possibilité » ⁽¹⁾. Et même pour la clause pénale ou conventionnelle (*Strafklausel* ou *Vertragsklausel*) pense-t-on — l'article 339 BGB déclare expressément qu'elle n'est encourue que si le débiteur est en demeure ⁽²⁾ (*Verzug*). Or, « celui qui offre le paiement dans une forme légale, ne peut pas être en demeure et la coexistence des créances n'est autre chose qu'une offre (*Darbietten*) (bien entendu sous la réserve d'une déclaration de compensation ultérieure). Elle est si bien une offre, que l'autre partie pourrait à tout instant la réaliser par une simple déclaration unilatérale de compensation et l'utiliser ainsi en paiement de sa créance. Seulement, on ne saurait l'y forcer, car c'est une faculté laissée à sa discrétion : voilà pourquoi elle n'est pas en demeure avec l'acceptation (*mora creditoris*) et l'autre partie non plus en demeure avec la prestation (*mora debitoris* » ⁽³⁾.

Mais cette argumentation repose vraisemblablement sur un malentendu, car s'il est vrai de dire qu'à partir du moment de la coexistence de deux créances réciproques, chaque partie possède la faculté de déclarer la compensation — et que cette faculté est laissée à son bon plaisir (dans le sens que la loi ne la soumet à aucun délai préfixe, puisqu'elle peut être exercée tant que dure la coexistence des créances en cause) — il semble cependant inexact de tirer d'ici la conclusion que le débiteur (c'est-à-dire, l'une des parties) ne saurait être en retard s'il refuse la prestation qui lui incombe — et ceci tant qu'il posséderait la faculté de compensation. Car il est douteux de comparer la coexis-

(1) LIPPMANN (*op. cit.*).

(2) Donc, il faut qu'il ait été mis en demeure.

(3) KOHLER (*op. cit.*, p. 36).

tence des créances réciproques à « une offre en forme légale » (*Darbietten in legaler Weise*), qui aurait la vertu d'exclure entre les parties respectives toute possibilité de retard. Kohler, qui partage cette idée, le fait parce qu'elle n'est qu'un aspect particulier de sa « *Vinkulierungstheorie* » — mais nous avons vu à temps ce qu'il faut penser de cette dernière construction.

108. En conclusion, sans la rétroactivité on aurait pu parler encore de demeure et de clause pénale, même après le moment de la « compensabilité » : maintenant ceci n'est plus possible et on peut se demander s'il est mieux qu'il en soit ainsi. La réponse négative semble s'imposer, car, on peut bien affirmer que la disposition de l'article 389 porte atteinte aux institutions mêmes de la clause pénale et de la « *mora* », qu'elle rend en quelque sorte sans valeur. « Si une « *purgatio morae* » doit représenter une déclaration de volonté unilatérale du débiteur, comment pourrait-elle déjà, la circonstance objective de la coexistence des créances réciproques, mettre fin véritablement à une « *mora* » des deux parties » ⁽¹⁾.

Enfin, l'anéantissement de toute clause pénale encourue au moment de la réciprocité des dettes ou qui auraient pu l'être depuis, représente quelquefois une gêne pour le créancier qui comptait dessus ⁽²⁾. Leonhard a bien mis en lumière cette idée. « Supposons, dit-il, que le créancier A, qui s'est garanti par clause pénale, ait réellement compté sur l'entrée certaine de l'argent. Et s'il a contracté à son tour un autre engagement envers C (également sous clause pénale), alors — si au lieu de recevoir l'argent, on lui a déclaré la compensation — il devra payer à C la clause pénale dûe parce qu'il n'est plus en mesure de satisfaire à son engagement — et sans pouvoir exiger quoi que soit comme indemnité de celui qui a compensé » ⁽³⁾.

(1) LIPPMANN (*op. cit.*, Bd. 22, p. 179).

(2) Cependant on admet parfois que « la stipulation expresse d'une clause pénale peut contenir — selon les circonstances de fait — un renoncement à la faculté de compensation » (NOLTE, *op. cit.*, p. 102).

(3) LEONHARD (*Aufrechnung*, p. 202).

SECTION III

LA RÉTROACTIVITÉ DE L'ARTICLE 389 BGB NE JOUE PAS
EN PRINCIPE DANS LE DOMAINE JUDICIAIRE

109. Nous avons déjà précédemment indiqué quelles sont les raisons qui plaident en faveur d'une interprétation stricte à adopter à l'égard de la rétroactivité prescrite par l'article 389. C'est sans doute en tenant compte de cette idée, qu'on s'accorde généralement à déclarer que cette fiction ne joue pas en principe dans le domaine judiciaire : c'est ce qu'on exprime en disant que la rétroactivité ne peut avoir qu'une « *signification matérielle* » (matérielle Bedeutung ⁽¹⁾), en raison de la considération que cette fiction a été prescrite à propos de la compensation unilatérale et qu'il ne convient pas à celle déclarée en justice. Sans doute, la loi ne fait aucune distinction à ce sujet et on sait, d'autre part, que la compensation déclarée au cours d'un procès possède et conserve en essentiel le même caractère juridique que celle accomplie en dehors de toute poursuite. Mais, il semble toutefois que l'application de la rétroactivité dans le domaine judiciaire mènerait souvent à des conséquences peu satisfaisantes. Car « s'il est possible que dans le domaine matériel un fait ait des effets rétroactifs, il n'en est pas de même dans le domaine judiciaire, où il faut admettre que les effets d'un fait n'arrivent qu'avec lui. C'est ce qu'a décidé le *Reichsgericht* pour la rétroactivité de la compensation et à propos de la compétence » ⁽²⁾. En effet, il n'est pas difficile de s'apercevoir des inconvénients auxquels pourrait donner naissance un changement de compétence par une pareille fiction ; c'est pourquoi l'instance suprême déclare dans l'arrêt auquel on faisait allusion dans les lignes précédentes : « Dans l'article 389, on a déterminé les effets de la déclaration de compensation de façon à ce que les créances soient considérées éteintes jusqu'à concurrence de leur quotité respective — au moment

(1) SIBER (*op. cit.*, p. 128). Dans le même sens : SCHLICHTING (*op. cit.*), LANG (*op. cit.*). Contre : STAUDINGER (*op. cit.*, § 389), LIPPMANN (*op. cit.*, p. 440).

(2) HELLWIG (*Anspruch und Klagerecht*, p. 37).

où elles se sont trouvées coexister en tant que propres à la compensation. D'autre part, on a décidé dans l'article 263, 3° code de procédure civile — comme une conséquence de la litispendance produite par l'introduction de la demande (Erhebungsklage) — que la compétence du tribunal du litige (Prozessgericht) n'est pas modifiée par un changement des circonstances qui l'ont primitivement fondée. Cette disposition ne devait être considérée (selon l'art 32 EG) comme exclue — quant aux conséquences de la compensation — que si ceci résultait du BGB ou du EG. Mais cette exclusion n'est pas probable et surtout elle ne paraît pas devoir découler de l'effet rétroactif prescrit par l'article 389. La disposition de cet article est donnée dans le domaine du droit civil (matériel) et possède sans doute dans ce domaine un effet illimité (?). Mais une extension de ses effets au domaine du droit judiciaire, n'apparaît pas recommandable. Le droit judiciaire est bâti de façon indépendante, selon les exigences d'une procédure organisée et d'une réglementation de droit public. Aux plus importants principes de celle-ci, appartiennent ceux qui visent les effets liés à l'introduction de la plainte. Selon eux, les parties doivent rester liées à la situation du litige (Lage der Streitsache), telle qu'elle se présentait au moment de l'introduction de la plainte — et aussi et surtout — à la compétence du tribunal, donnée à ce moment-là. » (1).

Comme nous l'avons déjà dit, cette solution, qui décide qu'un changement de compétence ne peut être provoqué à cause de et par la rétroactivité de la compensation — est sans doute juste. Mais l'exclusion de la rétroactivité du domaine judiciaire peut entraîner d'autres conséquences également intéressantes. Parmi celles-ci, arrêtons-nous un instant à celle qui se pose à propos de la question des frais judiciaires (Gerichtskosten) — frais qui sont évidemment à considérer comme un accessoire des prétentions principales en litige.

110. Si la rétroactivité devait régir les choses du procès, alors supposant qu'à la plainte portée par le demandeur, le

(1) RGZ, Bd. 58, p. 258.

défendeur ait répondu par une déclaration de compensation — ce serait sans doute le premier qui devrait supporter toujours les frais de l'instance (Prozesskosten), puisqu'en vertu de l'effet retroactif de la dite déclaration — les créances seraient censées éteintes déjà avant l'introduction de la plainte. Or, il n'est pas besoin de faire remarquer que cette solution — si exacte qu'elle soit au point de vue de l'idée de rétroactivité — est criticable non seulement du point de vue logique (*puisque l'application de la rétroactivité en ce domaine prétend résoudre la répartition des frais, dont elle nie logiquement la naissance*), mais aussi du point de vue de l'équité, surtout si l'on songe que si par hasard le défendeur avait payé à l'instance (et non pas compensé), c'eût été lui qui en aurait supporté les frais. En outre, pourquoi infliger ces frais au demandeur, alors que l'acte d'extinction est en réalité accompli après l'introduction de la plainte et que donc le demandeur ne pouvait pas savoir si oui ou non l'autre partie lui répondrait par une compensation ? ⁽¹⁾ Il est vrai qu'on pourrait riposter peut-être que notre demandeur — pour éviter cette désagréable surprise — n'aurait eu qu'à payer tout d'abord sa dette ou même déclarer — lui le premier — la compensation. Cependant, il ne faut pas oublier que son débiteur (actuel défendeur à l'instance) pouvait ne pas accepter le paiement — et puis n'oublions pas aussi que la compensation doit rester en principe à la libre volonté des parties. D'ailleurs, le demandeur aurait-il voulu déclarer la compensation qu'il ne l'aurait pas pu, quelquefois, *puisque'il y a des cas où la compensation est interdite au débiteur de certaines créances et elle n'est permise que du chef de leur créancier* ⁽²⁾. Cependant, on reconnaît généralement — en tenant compte surtout de l'article 93 code de procédure civile — qu'il serait juste et équitable que le créancier demandeur — avant de porter sa plainte — interrogeât le débiteur défendeur pour savoir s'il voulait compenser ou non. Seulement, on reconnaît en même temps que cette obligation ne peut pas incomber de plein droit au créancier, mais qu'il convient

(1) Cf. SIBER (*op. cit.*, p. 128).

(2) V. les art. 393, 394, 395 BGB.

d'examiner plutôt la situation telle qu'elle se présente dans chaque cas particulier et ne donner une réponse affirmative à la question dont il s'agit, que si les usages commerciaux respectifs l'exigent ⁽¹⁾ ⁽²⁾.

SECTION IV

LA NATURE DE LA COMPENSATION UNILATERALE ET LA RETROACTIVITE

111. Jusqu'ici on a vu et on a pu se rendre compte des inconvénients — voire même des iniquités ou des complications auxquelles mène inévitablement la rétroactivité prescrite par l'article 389 BGB. Ces inconvénients et ces complications montrent bien que cette fiction n'est pas compatible avec le système de compensation unilatérale, dont le but même est de simplifier et de rendre aussi pratique que possible cette institution juridique. L'incompatibilité apparaît également évidente — ainsi que nous l'avons montré à maintes reprises — si l'on songe que dans le mécanisme de ce système, la compensation est devenue un « *acte juridique* » (*Rechtsgeschäft*), c'est-à-dire un acte qui se produit par la volonté des parties et uniquement parce que celles-ci l'ont voulu. C'eût été donc plus logique que ce soit également la même volonté qui puisse régler les effets de l'opération qu'elle a entreprise. Or, comment la rétroactivité pourrait-elle s'harmoniser avec cette idée, quand à cause de cette fiction, les effets de la compensation sont décidés une fois pour toutes, *qu'ils sont uniformisés en quelque sorte*, puisqu'ils deviennent toujours opérants à un moment décidé d'avance ? Si cette considération — ainsi que les autres précédemment exposées — montre l'incompatibilité qui existe réellement entre la rétroactivité et le mécanisme pratique de la compensation unilatérale, cette incompatibilité ressort également, si l'on pense à la nature intime de ce genre de compensation.

(1) V. LANDAU (*op. cit.*, p. 32), WEISSMANN (*op. cit.*, p. 36), HOLLAEENDER (*op. cit.*, p. 368), LEONHARD (*Archiv. f. b. Recht*, Bd. 21, p. 185).

(2) A propos de la question de la répartition des frais auxquels a donné lieu une instance, voir encore JONAS (*op. cit.*, § 91), ECCIUS (*op. cit.*, p. 255), QUILLITZ (*op. cit.*, p. 38).

Sur cette nature, nous ne revenons pas, puisqu'elle a déjà été étudiée dans un chapitre spécial que nous lui avons consacré et auquel il faut se reporter pour plus de détails.

On a vu là que la compensation unilatérale représente un « *Leistungsakt* » destiné à éteindre la dette du compensant par le désintéressement que celui-ci impose à la partie adverse. On a vu également que la compensation n'est pas seulement prestation, puisqu'en sacrifiant sa propre créance, le compensant est sûr d'obtenir lui-même désintéressement par ce moyen, et que cette affirmation ne conduit aucunement à l'« *Eigenbefriedigungstheorie* », mais plutôt à la « *Kombinationstheorie* », car si le compensant est régulièrement désintéressé, il ne l'est qu'indirectement et en tant que débiteur libéré de sa dette.

Or, si l'acte de compensation représente une prestation faite au moment de la déclaration par celui qui compense, on ne voit pas comment cette prestation pourrait avoir un effet rétroactif, *car pareil effet pour un acte de prestation est une chose difficilement concevable* et qui ne saurait être acceptée que pour des raisons très fortes. D'ailleurs, pas plus qu'avec la « *Leistungstheorie* », la rétroactivité ne serait en harmonie avec l'« *Eigenbefriedigungstheorie* » car donner vertu rétroactive à un acte d'« *Eigenbefriedigung* » est encore plus difficilement concevable.

112. Le législateur allemand ne paraît pas avoir ignoré ces inconvénients d'ordre théorique, que suscite la disposition incriminée, et c'est pourquoi il a invoqué à son appui des considérations d'ordre pratique. Mais nous avons vu que ces considérations ne sont pas fondées non plus, si bien que l'on peut conclure que la seule manière de trouver une raison valable à l'attitude prise par le législateur de 1900 en ce domaine, c'est de penser qu'il n'a pas voulu trop s'écarter sur ce point des conceptions qui dominaient dans le droit antérieur — attitude exigée par la volonté qu'avait ce législateur de faire du BGB une œuvre de transition progressive et non pas d'innovation intransigeante.

SECTION V

LA RÉTROACTIVITÉ DE L'ARTICLE 389 BGB
ET LA COMPENSATION LÉGALE DU CODE CIVIL FRANÇAIS

113. La rétroactivité prescrite par le législateur allemand ⁽¹⁾ dans son article 389, rapproche singulièrement la compensation unilatérale du BGB de celle légale du Code civil français. On sait en effet, que cette dernière législation fut gagnée à l'interprétation absolue de la célèbre formule « *ipso-jure* » — interprétation enseignée par le non-moins célèbre glossateur *Martinus Gossia*. On n'ignore pourtant pas dans la Doctrine française que cette interprétation est erronée, puisque les Romains ne paraissent avoir jamais connu une extinction automatique des créances réciproques, du moins comme théorie générale de compensation. D'ailleurs M. *Appleton* ⁽²⁾ a montré que les sources sur lesquelles s'est appuyé Gossia, étaient interpolées.

Quoi qu'il en soit, cette interprétation erronée régna beaucoup plus longtemps et fortement en France, qu'elle ne le fit en Allemagne — fait dû surtout à son adoption par les grands jurisconsultes français *Domat* et *Pothier*, dont le grand rôle dans l'inspiration du Code civil de 1804 est suffisamment connu. En effet, *Domat* déclarait à ce sujet : « La compensation étant naturelle, elle a d'elle-même son effet et de plein droit, quoique ceux qui peuvent compenser ne s'en avisent pas et, quand même l'un ou l'autre ignoreraient les dettes qu'ils ont à compenser. Car l'équité et la vérité font que chacun d'eux étant en même temps créancier et débiteur de l'autre, ces qualités se confondent et s'anéantissent » ⁽³⁾. A son tour, *Pothier* était non moins catégorique : « Lorsqu'on dit que la compensation se fait de plein droit — disait-il — cela signifie qu'elle se fait par la seule vertu de la loi, sans qu'elle ait été prononcée par le juge, ou même opposée par aucune des parties » ⁽⁴⁾.

Mais, s'il est vrai que la rétroactivité rapproche le sys-

(1) V. aussi le code fédéral suisse des obl. (Schw. Obl. Art. 124, al. 2).

(2) *Op. cit.*, p. 428.

(3) DONNAT (*Lois civiles*, lib. IV, Lit. II).

(4) POTHIER (*Obl.* t. II, p. 635).

tème allemand de compensation du système français, il n'en est pas moins vrai que ce rapprochement n'est qu'incomplet, puisque malgré lui — *et en théorie surtout* — les différences restent considérables entre les deux systèmes. Prenons par exemple les intérêts des créances réciproques : il est certain que le cours de ces intérêts s'arrête, dans les deux législations, au moment de la coexistence de ces créances. Mais, tandis qu'en droit français cette solution paraît incontestable, puisqu'elle découle nécessairement de l'article 1290, Code civil, en droit allemand on n'a pas manqué de la mettre en doute et de prétendre parfois, qu'en réalité le cours des intérêts ne s'arrêterait qu'au moment de la déclaration de compensation ⁽¹⁾.

Et le problème qui se pose pour les intérêts, se pose également pour les autres prestations accessoires. De même, la prescription s'arrête en droit français, à partir de la coexistence, tandis qu'on a vu qu'elle continue à courir dans le système du BGB. Enfin et pareillement, nous avons vu que le système de compensation légale peut conduire à accorder un droit de répétition à celui qui a payé dans l'ignorance de sa faculté de compensation ⁽²⁾, tandis que cette solution est impossible dans la conception allemande de compensation.

Pour toutes ces raisons il faut se garder de déclarer que la rétroactivité supprimerait complètement les différences entre les deux systèmes dont il a été question.

(1) V. *supra*, p. 175.

(2) En réalité, on sait que le Code civil français (art. 1299) lui accorde son ancienne créance. V. *supra*, p. 125.

CHAPITRE II

COMPENSATION

EN CAS DE PLURALITÉ DE CRÉANCES (AUFRECHNUNG BEI EINER MEHRHEIT VON FORDERUNGEN)

114. Si nous abordons maintenant — après l'étude de la rétroactivité — cette question quelque peu aride et particulièrement touffue de la compensation en cas de pluralité de créances — réglementée par les deux alinéas de l'article 396 BGB — c'est justement parce que cette réglementation représente, elle aussi, un point sur lequel l'attitude du législateur allemand ne paraît pas avoir été parfaitement en accord avec les principes qui sont à la base même de la compensation unilatérale.

On peut convenir pourtant que le problème n'était pas facile à résoudre d'une manière équitable pour les deux parties en cause, et que le Code civil allemand n'a fait que conserver — en ce domaine encore — que des solutions qui, pour la plupart, étaient déjà connues par le droit commun ou prussien, ou même par certains des statuts locaux antérieurs. Mais, des dispositions qui ne constituaient peut-être pas là une inconséquence par rapport aux idées dominant la matière, le constituent en revanche aujourd'hui, d'autant plus que les solutions anciennes ont été complétées par des dispositions qui n'existaient pas avant, du moins avec la même teneur et sanction.

115. Remarquons, tout d'abord, qu'en ce qui concerne la compensation, en cas de pluralité de créances, la situa-

tion était très confuse en droit commun, faute de disposition expresse à ce sujet. En effet, les sources romaines ne semblaient pas en parler et elles n'indiquaient surtout point s'il convenait d'en rechercher la solution par analogie, dans les principes dirigeant l'imputation des paiements. Ceci explique pourquoi les controverses sur ces problèmes étaient nombreuses, dans la Doctrine du droit antérieur, où chaque auteur essayait de leur trouver une réponse, suivant la conception qu'il se faisait de la nature même de la compensation et de son mode d'accomplissement. Cette variété de réponses ne nous intéressera ici, que pour savoir si une conclusion commune s'en dégageait, ou si elle a fini par s'en dégager.

116. On sait qu'après avoir dépassé le stade de la théorie absolue, préconisée par *Martinus*, l'opinion dominante du droit commun adopta les théories modérées ou même relatives en matière de compensation. On sait également que même parmi les partisans de ces dernières théories, les nuances de conception différaient sensiblement, et que, par conséquent, leur solution sur des points particuliers différaient de même. Ainsi, par exemple, ceux qui pensaient que le simple état de « compensabilité » (*Aufrechenbarkeit*) suffisait à faire naître une véritable *exception*, paralysant les créances réciproques à partir de leur coexistence ⁽¹⁾, ne pouvaient adopter qu'une seule solution pour le cas où il s'agissait de l'imputation à faire parmi plusieurs créances devenues compensables, et effectivement ils ne manquaient pas de l'adopter. En effet, on déclarait que c'est l'« *Ordnung der Zeit* » ⁽²⁾ (« l'ordre de naissance ») qui doit être décisif en ce domaine, ce qui voulait dire, sans doute, que la compensation ne pouvait s'opérer qu'entre des créances qui étaient entrées, au même moment, dans le rapport de « compensabilité ». Et même si l'on donne quelquefois une faculté d'option au débiteur plural ⁽³⁾

(1) V. *supra*, p. 148.

(2) V. DERNBURG (*op. cit.*, p. 549).

(3) C'est-à-dire celui qui est tenu par plusieurs dettes et qui ne possède en revanche qu'une seule créance. Par contre, créancier plural est celui qui est titulaire de plusieurs créances et qui n'est tenu que par une seule dette. V. PLEISTER (*Diss.*, p. 12).

(défendeur à l'instance), cette faculté n'était qu'apparente, car ce débiteur ne devait éteindre par compensation que la créance de l'autre partie qui avait coexisté la première avec la sienne. S'il désignait une autre créance de la partie adverse, celle-ci pouvait s'y opposer par une « *replicatio compensationis* » ⁽¹⁾.

117. Mentionnons ensuite les partisans de la théorie d'Azo, qui sans attribuer — comme on sait — l'extinction des créances réciproques au fait, seul, de leur coexistence, en faisaient pourtant la base logique et la justification de la rétroactivité de l'effet extinctif. Parmi ceux qui partageaient cette conception, il convient de mentionner d'une façon particulière *Fuhr*, qui donnait sur le point qui nous préoccupe dans ce chapitre, une solution juste — que le législateur moderne s'est d'ailleurs appropriée. Cet auteur estimait — en effet — que c'est au débiteur compensant qu'il faut toujours accorder le droit d'imputation en cas de pluralité de créances, car l'institution même de la compensation est établie à son profit ⁽²⁾.

118. Enfin, rappelons la conception des esprits plus avancés, qui estimaient que la simple réciprocité de fait des créances, ne peut avoir un autre effet que celui de permettre aux parties en cause d'opposer — en justice — la compensation, qui sera prise en considération par le juge dans sa sentence ⁽³⁾. Dans cette conception, on ne donnait plus — en principe — le libre choix de l'imputation, ni au demandeur (créancier plural), ni au défendeur (débiteur plural) : c'était la « *Prävention* » (priorité) qui en décidait et aucune « *replicatio* » de l'autre partie n'était plus possible. Ceci signifie que la faculté d'imputation appartenait à celui qui déclarait le premier la compensation : si l'autre partie avait désiré une autre imputation, elle n'aurait eu qu'à prendre les devants et à déclarer la compensation. Mais du moment qu'elle avait négligé de le faire, cette partie ne pouvait plus s'en plaindre : *negligenti non fit injuria*.

(1) WINDCHEID (*op. cit.*, p. 438), KAISER (*Diss.*, p. 37).

(2) FUHR (*Zur Lehre von der Kompensation*) cité par EHRLICHER (*Diss.*, p. 5).

(3) P. ex. EISELE, GEIB, SCHWANERT (V. *supra*, p. 153).

Il importe à remarquer que cette dernière solution — qui semble le mieux convenir à la nature de la compensation unilatérale — fût adoptée petit à petit, même par l'opinion dominante du droit commun, qui inclina finalement à penser qu'il vaut mieux accorder le droit d'imputation au compensant (qu'il soit débiteur plural ou créancier plural). Cependant — retenons-le bien — *le droit commun ne connaissait aucune faculté d'opposition à l'instar de celle que le BGB accorde aujourd'hui à la partie adverse à la compensation (Aufrechnungsgegner)*. Il est vrai que la « *replica compensationis* » jouait encore — et surtout aux premiers temps — un certain rôle à ce sujet.

119. Si les sources romaines passaient sous silence la compensation, en cas de pluralité de créances — d'où l'anarchie qui régnait sur ce point dans le droit commun — il n'en était pas de même du *Code prussien de 1794* (ALR), qui — plus prudent — avait consacré à la question une disposition spéciale. C'était l'article 375 (I, 16 ALR), dont le texte était ainsi conçu : « Si le débiteur est tenu de plusieurs dettes envers son créancier, il y a lieu d'appliquer, en matière de compensation, les principes applicables en matière de paiement — surtout dans la mesure où la contre-créance peut être compensée contre plus d'une créance de la partie adverse », ce qui faisait allusion au cas où la contre-créance du compensant dépassait en valeur chacune des créances de l'autre partie.

Les dispositions concernant l'imputation des paiements — et auxquelles renvoyait le texte qu'on vient de citer — étaient à trouver parmi les neuf articles suivants ((150-159, 1^{re} partie, 16 ALR), mais dont une étude minutieuse ne serait pas à sa place ici. Bornons-nous cependant à en relever l'essentiel et ceci en vue de la conclusion finale. Le législateur prussien faisait tout d'abord une large part à la volonté des parties en cause, et c'était donc l'accord de celles-ci qui décidait, en premier lieu, de l'imputation à opérer parmi leurs créances propres à la compensation. Il convient de remarquer que cet accord, auquel faisait allusion la loi et qui pouvait faire penser peut-être à un « *pactum de nominibus compensandis* », n'était pourtant pas

en réalité un véritable pacte de compensation, mais plutôt une simple convention préalable ou concomitante à la déclaration de compensation, destinée à régler ou préciser le mode d'imputation que les parties convenaient d'adopter à l'égard de leurs créances nées ou à naître.

Le Code prussien n'exigeait pourtant pas nécessairement un accord exprès entre les intéressés : il accordait la préférence, même à un accord tacite, résultat du consentement que l'une des parties était censée avoir accordé à l'imputation décidée par l'autre, si elle n'exerçait pas le droit d'opposition que la loi lui accordait à cette intention. « Si le débiteur a payé — disait, en effet, l'article 151 — en imputant expressément son paiement sur un certain poste et si le créancier a accepté ceci sans faire d'opposition en temps utile — la décision du débiteur deviendra définitive ». Et réciproquement, « si le créancier a imputé sur un certain poste — ajoutait encore l'article 152 — la somme payée, sans aucune indication, et si le débiteur n'a pas fait d'opposition en temps utile, la décision du créancier deviendra — elle aussi — définitive ».

Faute d'accord entre les parties, ou si le débiteur ou le créancier, séparément, n'avaient rien décidé au sujet de l'imputation, le Code prussien prescrivait (art. 154-159) un mode d'imputation légale somme toute analogue à celui prescrit par le BGB.

Ce qu'il convient donc à retenir de ce bref examen, c'est que le Code prussien de 1794 connaissait déjà les deux points essentiels sur lesquels s'appuie la réglementation édictée par le législateur moderne à ce sujet : *la faculté d'imputation appartenant en principe au débiteur qui compense et la possibilité pour l'autre partie d'y faire opposition en temps utile.*

120. Il paraît donc certain que le législateur de 1900 n'a pas été obligé de trop innover en cette matière, puisqu'il a pu puiser, soit dans le droit commun, soit dans celui prussien ou dans les autres codifications de l'époque ⁽¹⁾, les

(1) P. ex. : le code civil saxon (art. 993), le projet de code civil de Hesse (art. 293, al. 1 et 319), celui de Bavière (art. 169, al. 1 et 184), celui de Dresde (art. 351, 354), etc.

éléments nécessaires à l'édification d'un système complet de compensation en cas de pluralité de créances. Il lui restait seulement à mettre d'accord ces éléments, d'abord entre eux, ensuite avec les autres principes dont il convenait de tenir compte sur ce point, afin que le système résulté ne pût être contesté à aucun égard. Nous verrons par la suite si et dans quelle mesure il y est parvenu.

121. Le texte où le BGB s'occupe de la compensation, en cas de pluralité de créances, c'est l'article 396. dont la rédaction est la suivante : *« Si l'une ou l'autre des deux parties a plusieurs créances, toutes également propres à la compensation, la partie qui compense peut désigner les créances entre lesquelles devra s'opérer réciproquement la compensation. Si la compensation est déclarée sans que cette désignation ait été faite, ou que l'autre partie y fasse opposition sans retard, la disposition de l'article 366, alinéa 2, reçoit application correspondante (entsprechende Anwendung). »*

Si la partie qui compense doit à l'autre partie — en dehors de la prestation principale — des frais et intérêts, il y a lieu de faire application correspondante des dispositions de l'art. 367 ».

En édictant cette disposition, le BGB a mis un terme aux controverses qui se sont fait jour dans la Doctrine du droit commun, quant à l'attribution de la faculté d'imputation puisqu'il déclare sans ambages, que c'est la partie qui compense, qui aura toujours et en principe le droit de désigner les créances entre lesquelles devra s'opérer la compensation. Cette faculté d'imputation est en réalité double, puisqu'elle concerne aussi bien les créances propres du compensant (à l'égard desquelles la décision de celui-ci sera d'ailleurs définitive) que celles de la partie adverse (mais à l'égard desquelles la dite décision ne sera, en revanche, que provisoire).

Le libre choix de l'imputation appartiendra à la partie qui compense sans tenir compte si la compensation est opposée en justice ou déclarée en dehors de toute poursuite, ou si la dite partie est créancier plural ou débiteur plural, puisque le texte légal ne fait aucune distinction à ce sujet. En utilisant des termes très généraux (*« l'une ou*

l'autre partie » ou « *la partie qui compense* »), le Code civil allemand s'est gardé d'adopter les expressions plus précises qu'employaient à ce sujet les auteurs du droit commun — mais il ne faut pas oublier que l'article 396 n'a pas toujours eu ni le même contenu, ni la même formule. En effet, l'article 284, 1^{er} projet — d'où la disposition citée est issue — était ainsi rédigé : « Si l'un ou l'autre *créancier* possède plusieurs créances sujettes à compensation, c'est le *créancier qui compense* qui aura le choix pour indiquer celles qui doivent être éteintes par compensation. Si la compensation est déclarée sans cette indication, il y a lieu de faire application correspondante des dispositions de l'article 267, alinéa 2 ». On remarquera, tout de suite, que cette dernière rédaction ne connaissait ni le droit d'opposition, accordé aujourd'hui par l'article 396 BGB à la partie adverse à la compensation, ni de disposition analogue à celle contenue dans l'alinéa second de ce dernier article, mais qu'elle parlait en revanche du « *créancier qui compense* », ce qui pouvait faire croire — comme nous l'avons déjà dit par ailleurs ⁽¹⁾ — que le législateur moderne voyait dans l'acte de compensation un acte de créancier (« *Gläubigerakt* ») et qu'il accordait par conséquent, le droit d'imputation au créancier plural. C'eût été ignorer la vraie nature de la compensation unilatérale et s'écarter — sur notre point — des solutions admises déjà par le droit prussien et commun. Les rédacteurs de 1900 l'ont bien senti, puisque dès le second projet, la commission de rédaction remplaça les mots « *l'un ou l'autre créancier* » par ceux de « *l'une ou l'autre partie* » ⁽²⁾. On préféra ainsi rester dans l'équivoque, plutôt que d'adopter une attitude plus nette — mais nous avons déjà dit ailleurs, que dans la pensée du législateur, c'est le débiteur qui compense et qui aura, par conséquent, la faculté d'imputation : ce qui revient à dire que le droit de faire opposition appartiendra à la partie adverse à la compensation, c'est-à-dire au créancier plural, et à lui seul. Nous verrons plus loin que cette affirmation nous sera de précieuse utilité pour résoudre les nombreuses difficultés

(1) V. *supra*, p. 34.

(2) Et cette rédaction de l'art. 340, second projet, passa sans changement dans le texte définitif (art. 396 BGB).

qui ne manquent pas de surgir en ce domaine particulièrement délicat.

122. Tout d'abord il faut convenir, que dans un système de compensation par acte juridique unilatéral, la faculté donnée à la partie qui compense, de désigner en principe — non seulement sa propre créance — mais encore la dette qu'elle entend éteindre par compensation — apparaît en harmonie avec l'idée centrale du système. Et puisque ce système n'attache plus aucun effet extinctif à la simple coexistence des créances réciproques, cette faculté d'imputation de la partie compensante ne devrait être limitée à priori par aucun ordre à suivre (dicté par un rapport de compensation quelconque). Ceci veut dire que le compensant ne doit pas être tenu à choisir, parmi les créances de la partie adverse, celle justement qui a coexisté la première avec la sienne. Il est vrai que la rétroactivité prévue par l'article 389 imposerait ici plutôt une solution différente. Mais nous avons déjà fait remarquer que la loi elle-même s'est abstenue de tirer sur ce point la conclusion qui aurait dû découler logiquement de la rétroactivité citée, puisque *l'imputation légale ne donne pas la priorité à la dette la plus ancienne*, car, dans le mode d'imputation qu'elle prescrit — la loi ne mentionne qu'en 4^e lieu *l'ancienneté des dettes*. Ceci prouve justement que le législateur n'a pas entendu considérer la rétroactivité comme un principe dominant toute la matière de la compensation — ce en quoi il n'a eu aucunement tort, et aucun reproche ne saurait lui en être fait. Ce qu'on pourrait lui reprocher, en revanche c'est de ne pas être allé même plus loin et — en écartant la rétroactivité — de ne pas avoir donné en ce domaine une réglementation absolument conforme à l'esprit de la compensation unilatérale. Car il fallait alors décider que c'est la partie qui compense qui aura toujours la faculté de désigner librement — et de façon définitive — la dette qu'elle entend éteindre par cette voie. Telle aurait dû être, en effet, la solution strictement logique, par rapport à l'esprit du système de compensation unilatérale, mais elle a été en fait tempérée par des dispositions destinées à lui

enlever ce qu'elle aurait pu avoir de trop rigide pratiquement.

123. 1° La première hypothèse qui peut se présenter en cette matière — et celle qui a été envisagée avec préférence, sinon uniquement par le premier alinéa de l'article 396 — suppose que la pluralité des créances propres à la compensation existerait du côté passif, c'est-à-dire du côté de la partie adverse à la compensation (*Aufrechnungsgegner*).

En pareilles circonstances, la procédure indiquée par la loi paraît extrêmement claire : la partie qui compense pourra déterminer tout d'abord, librement, la créance (parmi celles de son adversaire) qu'elle entend éteindre par compensation ⁽¹⁾. Mais si elle néglige d'exercer cette faculté, dont elle dispose en principe, l'alinéa 1^{er} de l'article 396 prescrit l'application des dispositions légales qui dirigent l'imputation des paiements. Cette imputation est, à son tour, indiquée par l'article 366, alinéa 2 BGB, qui déclare : « *Si le débiteur ne décide rien au sujet de l'imputation, celle-ci doit avoir lieu d'abord sur la dette échue ; entre plusieurs dettes échues, sur celle qui offre le moins de garantie au créancier ; entre plusieurs également garanties, sur la plus onéreuse pour le débiteur ; enfin, entre plusieurs dettes également onéreuses, sur la plus ancienne et à l'âge égal, elle se fait au marc le franc* ». Jusqu'ici, la réglementation édictée par le BGB paraît satisfaisante, car il n'y a aucune objection à faire, à ce que l'imputation légale doive s'appliquer en principe au cas où la partie compensante aurait oublié ou négligé d'indiquer la dette qu'elle entend éteindre par compensation. Mais voici que la loi (art. 396, al. 1^{er}) prescrit encore l'application de cette imputation légale, même au cas où — à l'indication donnée à ce sujet par celui qui compense — la partie adverse s'avise de faire opposition « sans retard ».

Cela signifie que, bien que le compensant ait pris le soin

(1) Le BGB ne paraît plus faire aucune distinction suivant que la créance unique du débiteur et celles de la partie adverse sont nées au même moment ou successivement (distinction qu'enseignaient les auteurs du droit commun) — et ceci est compréhensible du point de vue du nouveau système de compensation, malgré la rétroactivité prescrite par l'art. 389 BGB.

de désigner lui-même la créance de l'adversaire qu'il entend éteindre par compensation — et bien que nous soyons dans un système de compensation unilatérale — cet adversaire pourra néanmoins rendre cette désignation inefficace, en s'y opposant à temps. Il y a là une disposition qui appelle la critique et dont il faut tout d'abord déterminer les origines.

En effet, d'où vient-il, ce droit d'opposition accordé à la partie adverse à la compensation, et qu'elles sont les raisons qui ont déterminé le législateur à l'accepter ? Car on sait que le premier projet de code ne le mentionnait point, puisque l'article 284 de ce projet, déclarait tout simplement : « Si la compensation est déclarée sans que cette indication ⁽¹⁾ ait été faite, il y a lieu de faire application correspondante des dispositions de l'article 267, alinéa 2 ».

Ce n'est qu'en seconde lecture que fut adopté ce droit d'opposition, destiné à protéger le créancier plural, afin que celui-ci ne soit pas livré sans aucune arme à la merci du compensant. Cette protection pourrait peut-être paraître légitime aux yeux de ceux qui pensent que c'est en définitive au créancier à décider finalement, laquelle parmi ses créances devra être éteinte par compensation (bien que ceci ne soit pas tellement en accord avec la conception de compensation unilatérale). Pourtant, il convient de remarquer que même pour ceux qui pensent de la sorte, la réglementation légale, sur le point qui nous intéresse, ne saurait apparaître satisfaisante, puisqu'en cas d'opposition, le droit d'imputation ne passe pas au créancier plural, mais à la loi, car c'est précisément l'imputation légale qui s'appliquera en cette hypothèse et l'opposition dont il est question n'aura pour effet que de la déclencher.

124. C'est pourquoi, il semble qu'il faille chercher ailleurs la raison qui explique et qui a rendu même nécessaire — en quelque sorte — l'introduction de ce droit d'opposition : on le comprendra sans peine si l'on examine la disposition de l'article 390 BGB qui permet d'opposer en compensation des créances prescrites. Cette disposition n'a

(1) C'est-à-dire sans imputation.

pas toujours eu le même contenu qu'actuellement et pour s'en rendre compte, il n'y a qu'à se référer à l'article correspondant du premier projet. Mais, bien que ce projet — qui avait construit un système pur de compensation unilatérale — ait décidé qu'il était interdit de se servir d'une créance prescrite pour l'opposer en compensation — même si la prescription ne se fût accomplie que depuis la réciprocité des dettes — la seconde commission estima que pareille décision pourrait conduire en pratique à de véritables iniquités, et qu'il fallait par conséquent accorder à l'exception de prescription un traitement plus favorable que celui dont jouissent les autres exceptions en cette matière. Aussi, après avoir déclaré, en principe, dans l'article 334 du second projet ⁽¹⁾, qu'« une créance à l'encontre de laquelle existe une exception ne peut être compensée » la seconde commission s'empressa d'ajouter dans la même disposition : « La prescription n'exclut pas la compensation, lorsque la créance actuellement prescrite ne l'était pas encore au moment où elle aurait pu être compensée contre l'autre créance », c'est-à-dire au moment de la coexistence. Or, il paraît évident que ce changement intervenu sur ce point, devait forcément en entraîner un autre sur celui de l'imputation, car si le libre droit d'imputation, pour la partie qui compense, concordait parfaitement avec le système du premier projet, en matière de prescription et de compensation, il pouvait par contre rendre lettre morte la disposition que la seconde commission a cru bon d'ajouter. En effet, supposons un débiteur (qui est en même temps créancier de son créancier) mais dont la dette envers l'autre partie s'est trouvée prescrite depuis la coexistence de leurs créances ; si ce débiteur a ultérieurement contracté envers la même partie une nouvelle dette, mais dont la prescription ne s'est pas encore accomplie au moment où il s'avise de déclarer la compensation, alors il semble certain que notre débiteur désignera « comme éteinte par compensation la dette la plus récente au lieu de celle à l'exécution de laquelle la prescription lui fournit une exception. Il en résultera qu'en fait, il se trouvera n'avoir plus rien à payer » ⁽²⁾ et

(1) Art. 390 BGB.

(2) Code civil allemand (annoté par BUFFNOIR, HAMEL, etc), art. 396.

avoir par contre empêché la partie adverse d'utiliser le bénéfice que l'article 334 (actuel 390) lui accordait pour ses créances prescrites.

Les Protocoles sont d'ailleurs très clairs à ce sujet : « Si l'une des parties — déclarent-ils en effet — possède contre l'autre, deux créances devenues exigibles à des moments différents, elle devrait avoir la faculté de se servir de celle qui a été échue la première, pour l'opposer en compensation à la créance de l'autre partie. Et la confiance qu'elle a eu dans la « compensabilité », une fois acquise lui coûterait cher, si — après la prescription de sa dette, la plus ancienne — cette autre partie avait la liberté de compenser — au moyen de son unique créance — sa dette la plus récente ⁽¹⁾.

Pour parer donc à cette éventualité et pour rendre possible la compensation des créances prescrites, on jugea nécessaire de limiter la faculté d'imputation de la partie qui compense et ceci au moyen d'un droit d'opposition accordé à la partie adverse (*Aufrechnungsgegner*), droit qui donnera à celle-ci la possibilité de mettre en avant la créance prescrite, volontairement ignorée par le compensant.

Il est vrai que l'on a quelquefois soutenu, dans la Doctrine, que pareil procédé de la part de la partie adverse ne serait pas justifié, car si la loi n'a pas défendu de compenser contre une créance à l'encontre de laquelle il existe une exception ⁽²⁾ « il faut voir là un droit exclusif de celui qui compense et que par conséquent la partie adverse ne saurait pas lui imposer en compensation de pareilles créances, donc ni une créance prescrite » ⁽³⁾. Mais cette interprétation paraît douteuse, car le texte légal ne fait aucune distinction à ce propos. D'ailleurs, on vient de le voir, les Protocoles montrent indubitablement que ce sont les considérations exposées plus haut qui ont déterminé le

(1) Prot., Bd. 1, pp. 367, 368.

(2) Cette affirmation — sur laquelle on est généralement d'accord — est appuyée sur un « *argumentum a contrario* » tiré du texte même de l'art. 390 BGB, qui ne semble se rapporter et interdire que le fait d'opposer en compensation une créance à l'encontre de laquelle existe une exception.

(3) GOLDSCHMIDT (*Archiv f. b. Recht*, Bd. 15, p. 214).

législateur à faire incorporer dans le second projet, le droit d'opposition dont il est question.

125. Mais, pourrait-on objecter encore, rien ne prouve que le législateur atteindra son but, car l'imputation légale (art. 366 al. 2) — déclenchée par la dite opposition — ne donne pas, elle non plus, la priorité à la dette la plus ancienne, de telle sorte qu'on pourrait aboutir au même résultat qu'en cas de libre imputation accordée au compensant.

Cette affirmation est parfaitement exacte et elle explique pourquoi on avait proposé, à la seconde commission, de diriger l'imputation — en cette matière — d'abord sur la dette la plus ancienne. Mais on s'était aperçu que ce système ne correspondrait pas toujours aux nécessités pratiques et qu'il aurait également des inconvénients pour le créancier plural, dont la dette la moins ancienne — au cas où elle serait soumise à une courte prescription — pourrait se trouver déjà prescrite, alors qu'une autre — bien que plus ancienne, mais sans être toutefois frappée par un court terme de prescription — ne le serait pas encore. C'est pourquoi on s'est finalement remis au système d'imputation légale, mais on se rend compte sans peine que — puisque même ce système, avant de donner la préférence à l'ancienneté des dettes, fait passer celle qui offre au créancier le moins de garantie — *le but poursuivi par le législateur ne sera atteint, que si l'on considère que parmi plusieurs dettes échues, celle à l'encontre de laquelle existe l'exception tirée de la prescription, offre le moins de garantie à son créancier.* A cette question, la réponse affirmative paraît s'imposer, non seulement parce qu'autrement le but de la disposition légale en cause serait compromis, mais aussi parcequ'il ne faut pas croire qu'en parlant de garantie, l'article 366 alinéa 2 aurait pensé uniquement aux cautions ou aux gages : il convient plutôt d'admettre qu'on a voulu viser par cette expression *tous les moyens propres à faciliter l'exécution de la créance en cause.* Or, il paraît certain que ces moyens sont moins nombreux quand il s'agit d'une créance prescrite, puisque son créan-

cier ne peut pas la poursuivre et qu'il ne peut l'utiliser qu'à la compensation.

On a prétendu cependant, qu'en parlant de la créance qui « offre le moins de garantie », le législateur allemand de 1900 n'a voulu que reproduire la disposition de l'article 156 du Code prussien (ALR, I^{re}, 16), qui ne paraît pas avoir fait allusion — semble-t-il — qu'aux cautions et gages.

Pourtant, s'il est vrai qu'on a réellement pensé à l'article 156 ALR, il n'en est pas moins vrai que dans l'interprétation des mots « qui — selon sa nature — offre la moindre garantie » contenus dans ce dernier paragraphe — la pratique prussienne avait déjà décidé qu'il fallait comprendre « sous cette expression même une créance soumise à une prescription plus courte » ⁽¹⁾.

Bien plus forte paraît en revanche une autre objection, qui s'appuie uniquement cette fois-ci sur la véritable portée de l'article 366 alinéa 2 BGB (auquel renvoie — comme on sait — la disposition qui s'occupe de la compensation). En effet — dit-on — cet article a traité primitivement à l'imputation des paiements, qu'elle concerne en premier lieu. Aussi, faut-il se demander, quel est le sens des mots « qui offre la moindre garantie » dans le domaine du paiement, auquel ils s'adressent spécialement. Or — ajoute-t-on — on peut convenir qu'on ne saurait penser ici à des créances prescrites, puisqu'en cette matière il ne s'agit que des dettes qu'on doit réellement exécuter et à l'exécution desquelles le débiteur est réellement obligé : ce n'est pas le cas pour les créances prescrites.

L'argument est fort et il serait même décisif peut-être — si le législateur — comme il l'avait prévu — n'avait pas eu la prudence d'y échapper en décidant dans l'article 396 alinéa 1^{er}, que la disposition de l'article 366 alinéa 2, ne s'appliquera pas « *tale quale* » en matière de compensation, mais qu'on en fera une « *application correspondante* » (entsprechende Anwendung). Or « application correspondante » signifie une application par analogie, une application en éliminant ce qui ne convient pas au but et au sens clair de

(1) STRIHORST'S *Archiv*, Bd. 56, p. 139 (cité par GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, p. 222).

la loi qui renvoie — et en lui substituant ce qui correspond à son sens et à son but » ⁽¹⁾.

Ce n'est donc pas sans justification qu'on peut déclarer maintenant, que la créance prescrite est à considérer comme offrant le moins de garantie parmi plusieurs créances échues ⁽²⁾ : aussi, le droit d'opposition que la loi accorde à la partie adverse à la compensation, lui servira à quelque chose.

126. Cependant, il ne faudrait pas croire que cette faculté d'opposition ne serait accordée à la partie adverse qu'au cas où le compensant ne tiendrait pas compte de ses créances prescrites (bien que cette hypothèse soit la plus fréquente en pratique et qu'elle ait été la cause déterminante de la naissance de la dite faculté). Il faut déclarer plutôt que — puisque la loi ne fait aucune distinction — *le droit de faire opposition est donné d'une façon générale, quel que soit le mode d'imputation décidé par celui qui opère la compensation*. C'est donc à la partie adverse (le créancier) qu'il appartient de décider ce qui lui serait le plus avantageux : accepter l'imputation indiquée par le compensant ou déclencher l'imputation légale, en exerçant sa faculté d'opposition — et si elle opte pour cette dernière alternative, elle ne sera pas tenue d'en donner les motifs ⁽³⁾.

Mais, en revanche, le droit d'opposition ne peut appartenir qu'à une partie adverse à la compensation, qui est en même temps créancier plural (mehrfacher Gläubiger), car seul celui-ci réunit les conditions qui ont déterminé le législateur à lui accorder cette faculté de protection. Et pour que cette protection puisse être efficace, il faut encore que ladite faculté soit exercée « sans retard » après la déclaration de la partie qui compense — ce qui veut dire, si vite qu'on ne puisse pas voir dans le silence prolongé de la partie adverse un consentement à l'imputation décidée par celle qui compense. Sans doute, puisque la loi n'exige pas

(1) SEELER (*Archiv f. b. Recht*, 1904, p. 111).

(2) Cf. V. THÜLLEN (*Diss.*, p. 21), PLEISTER (*Diss.*, p. 20), SCHOLLMAYER (*op. cit.*, § 396), PLANCK (*op. cit.*, § 396), STAUDINGER (*op. cit.*, § 396), ENNECERUS (*op. cit.*, § 294), KIPP (*WINDSCHEID*), *Pandectes*, p. 483, etc.

(3) V. GOLDSCHMIDT (*op. cit.*, p. 222).

une opposition déclarée de façon expresse, celle-ci pourrait être exercée même tacitement (« *per factum concludens* »), mais de quelque manière qu'elle le soit, son effet sera de rendre automatiquement inefficace l'imputation décidée par la partie qui a déclaré la compensation.

Et c'est ici que se place le reproche qu'on serait en droit d'adresser au législateur allemand sur ce point : car, alors qu'il a partout décidé et admis le principe de la compensation unilatérale, avec tout ce que ce principe comporte de contrainte et d'inopportunité pour la partie adverse à la compensation — en cette hypothèse cependant la volonté ou la décision du compensant ne sera plus — à elle seule — déterminante pour le résultat final. On aurait besoin pour cela de l'accord tacite de l'autre partie, manifesté par l'abstention dans l'exercice du droit d'opposition, dont elle dispose : ce n'est que par cette abstention que la « condition légale limitative tombe et que l'effet définitif de la déclaration de compensation s'opère » ⁽¹⁾. Or, il paraît certain que ceci signifie que le BGB s'est écarté ici — tant soit peu — des principes qu'il avait posés dans son article 388.

127. Quoi qu'il en soit, il existerait un moyen d'interprétation — un peu subtil peut-être — mais susceptible de diminuer singulièrement la portée de cette inconséquence. Car, il convient de bien remarquer que, l'opposition dont il est question ne s'élève pas contre la déclaration de compensation elle-même ⁽²⁾ (*Aufrechnungserklärung*), mais plutôt contre ce qui n'en est en réalité qu'une simple partie, le mode ou décision d'imputation ⁽³⁾ (*Anrechnungsbestimmung*). Et même en ce qui concerne cette dernière décision, elle ne sera pas anéantie intégralement, puisque la créance

(1) LANG (*Diss.*, p. 53). Cf. v. THÜLLEN (*op. cit.*, p. 34) et DEICHMANN (*GruchotsB.*, Bd. 42, p. 587 : « Si l'autre partie fait opposition sans retard, elle n'a pas écarté par là une offre de contrat, mais elle a mis en échec l'efficacité unilatérale de la déclaration de compensation en ce qui concerne son mode d'imputation. »)

(2) Et le ferait-elle d'ailleurs, qu'elle serait nulle, car une opposition rédigée en des termes très généraux contre la compensation de l'autre partie serait inefficace parce qu'insuffisante. V. WEIGELIN (*op. cit.*, p. 150), FLEISTER (*op. cit.*, p. 10), etc.

(3) LIPPMANN (*IheringsI*, Bd. 48, p. 466) s'oppose cependant à ce « *distinguo* ».

de la partie qui compense est d'ores et déjà définitivement éteinte ⁽¹⁾ ; ce n'est qu'au sujet de celle de la partie adverse qu'il y aura une période d'incertitude, car on ne sait pas encore, si c'est la créance primitivement désignée qui sera éteinte par compensation ou par contre celle indiquée par l'imputation légale (au cas où il y aura une opposition). Autrement dit, la déclaration d'opposition est une condition préalable pour l'accomplissement de l'imputation légale, mais cette imputation n'est pas une condition pour que la déclaration primitive de compensation devienne efficace.

Parce que l'opposition dont il s'agit ne s'élève pas contre la déclaration de compensation elle-même, ceci explique encore pourquoi cette opposition n'est pas — non plus — une « *compensatio compensationis* » ⁽²⁾ (dont on a déjà dit d'ailleurs qu'il ne peut plus en être question dans le Code civil actuel). Que réellement l'imputation n'a pas ce caractère et qu'elle ne vise par contre qu'à mettre obstacle à l'imputation décidée par la partie qui compense, le prouve suffisamment le fait qu'il n'y a pas de place pour aucune opposition quand la déclaration de compensation ne porte aucun mode d'imputation ⁽³⁾. Et même si la déclaration de compensation en contient un, l'opposition exercée n'a pas pour effet de déclencher une imputation quelconque, selon le bon plaisir de l'opposant, mais elle ne fait que provoquer l'imputation légale. Aussi, la volonté de la partie qui compense n'est pas en réalité contrariée par celle de la partie adverse — comme l'exigerait une « *compensatio compensationis* » — mais plutôt complétée par celle de la loi — et ceci uniquement en ce qui concerne la créance passive, car, encore une fois, la décision du compensant à l'égard de ses propres créances est d'ores et déjà définitive.

En conclusion, l'opposition ne crée aucun rapport de compensation nouveau, elle ne fait qu'intervenir dans celui

(1) V. *infra*, p. 215.

(2) WEISSMANN (ZZPr. Bd. 26, p. 31) estime par contre que c'est une véritable « *compensatio compensationis* » qui se cacherait sous l'opposition dont il est question, car celle-ci ne serait que « l'exercice de la faculté de compensation de la partie adverse ».

(3) Car alors c'est l'imputation légale qui s'applique directement.

déjà créé par la déclaration de compensation primitive ⁽¹⁾, dont le caractère « *rechtsgeschäftlich* » (d'acte juridique) n'est pas par conséquent gravement atteint par là.

128. Mais si l'attitude adoptée par le législateur allemand dans l'alinéa 1^{er} de l'article 396 peut ainsi se concilier — par le raisonnement que nous venons d'exposer — avec la conception de compensation unilatérale, il n'en est pas de même de celle que ce même législateur adopte dans le second alinéa du même article.

On connaît déjà ce second alinéa, il est conçu comme suit : « *Si la partie qui compense doit à l'autre partie — en dehors de la prestation principale — des frais et intérêts, il y a lieu de faire application correspondante des dispositions de l'article 367* ». Celui-ci déclare, à son tour (se rapportant primitivement à l'imputation des paiements) : « *Lorsque le débiteur, en dehors de la prestation principale, doit acquitter des frais et intérêts, une prestation faite par lui, et qui ne suffit pas à couvrir la dette toute entière, sera imputée d'abord sur les frais, ensuite sur les intérêts et en dernier lieu sur la prestation principale.*

« *Si le débiteur indique un autre mode d'imputation, le créancier peut rejeter toute l'acceptation de la prestation* ».

La disposition qui prescrit ce nouveau genre d'imputation n'est pas — elle non plus — une innovation du BGB, puisqu'elle était déjà connue par le Code prussien ⁽²⁾ — et d'ailleurs même en droit commun, on admettait généralement que les intérêts et les frais sont à imputer avant la dette principale : c'est après tout une solution logique et équitable, qui tient compte du caractère accessoire et précaire de ces prestations.

Mais si équitable qu'elle soit, cette disposition n'était pourtant pas connue par l'article 284 du premier projet, puisque celui-ci — on l'a déjà vu — n'en parlait point, ni directement, ni par renvoi. Il est vrai que les Motifs ⁽³⁾ estimaient qu'une pareille disposition eût été superflue, puis-

(1) V. aussi GOLDSCHMIDT (*op. cit.*, p. 205) qui — pour faire comprendre la véritable portée de l'opposition, dont il est question — établit une analogie avec le paiement.

(2) A.L.R.I., 16, art. 153.

(3) Bd. 2, p. 111.

que — disaient-ils — elle devait résulter de l'analogie avec le paiement. Or, c'est précisément cette analogie qui n'était pas favorable à la partie adverse à la compensation, car — bien que l'article 268, premier projet (article 367 actuel) ait décidé, en principe, que l'imputation spéciale dont il s'agit devait suivre les étapes : frais, intérêts, prestation principale — il ajoutait finalement : « *Si le débiteur qui paye, décide un autre mode d'imputation, c'est sa décision qui sera déterminante* ». On voit donc que le premier projet accordait à la volonté du débiteur qui compense la prééminence sur celle du créancier : c'était d'ailleurs la seule attitude rigoureusement conforme à l'esprit de compensation unilatérale, auquel le texte définitif a gravement manqué — comme nous allons le voir par la suite.

Quoi qu'il en soit, ce fut encore la seconde commission, qui jugea utile d'intervenir, afin de limiter un peu le droit — qui lui parut exorbitant — du débiteur compensant. Ce fut donc elle, qui introduisit — à l'intention de la partie adverse, — le créancier — la faculté de rejet, dont il est question.

129. La loi suppose donc, dans ce second alinéa de l'article 396 — que la partie qui compense doit à l'autre — outre le capital — des intérêts et des frais. Du texte de cette disposition (ainsi que de celle de l'art. 367, auquel elle renvoie) il résulterait qu'on a vraisemblablement pensé à une créance unitaire, qui consisterait en capital, intérêts et frais. Autrement dit, les intérêts et les frais sont considérés en tant que prestations accessoires (*Nebenleistungen*), qui ne constituent pas — par conséquent — des créances ayant une existence indépendante (*selbständige Forderungen*). Pourtant, ce n'est pas toujours le cas pour ces deux sortes de prestations, qui peuvent se trouver quelquefois dans un rapport d'indépendance à l'égard de la dette principale — rapport appréciable selon les circonstances de fait ⁽¹⁾. Et alors — puisque, dans ce dernier cas, il s'agirait

(1) V. p. ex. SCHLICHTING (*Inaug. Diss.*), qui estime que les intérêts moratoires ne constituent pas une créance indépendante par rapport à celle principale, mais qu'il en serait autrement quand il s'agit d'intérêts conventionnels. Contre : PATOW (*Diss.*, 84).

plutôt d'une pluralité de créances — on pourrait se demander s'il ne faut pas appliquer ici l'alinéa 1^{er} de l'article 396, qui envisage plus particulièrement pareille hypothèse. Or, il paraît que l'on doit répondre par la négative, car la loi ne fait aucune distinction à ce sujet (« *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* ») et puis même une créance constituée uniquement d'intérêts (Zinsforderung) ou de frais (Kostenforderung) représente toujours des intérêts ou des frais, c'est-à-dire des prestations que le législateur a voulu faire passer avant le capital.

Mais supposons encore — puisque nous en sommes à la discussion du second alinéa de l'article 396 — que la partie adverse à la compensation possède plusieurs créances, dont chacune est formée de capital, frais et intérêts et que ces derniers sont incorporés dans leurs créance respective ⁽¹⁾. Si l'on voulait interpréter littéralement les dispositions légales en cause (art. 367 et 396 al. 2), on pourrait peut-être décider que — dans un cas pareil — l'imputation devrait porter d'abord sur tous les frais (c'est-à-dire sur les frais de toutes les créances), ensuite sur tous les intérêts (également de toutes les créances), et enfin sur les sommes représentant le capital. Mais pareille interprétation ne serait sûrement pas la juste et nous pensons plutôt que l'imputation devra porter en pareil cas sur les frais — intérêts — capital de la première créance ; même succession pour la seconde et ainsi de suite jusqu'à ce que le montant de la créance opposée en compensation soit enfin épuisé ⁽²⁾.

130. Passons maintenant à la sanction prévue par l'alinéa 2 de l'article 367 : on se souvient que si la partie qui paie (*recte* qui compense) ne respecte pas le mode d'imputation prescrit par cette dernière disposition, celle-ci accorde à la partie adverse non pas un simple droit de faire opposition et de déclencher par là automatiquement l'imputation légale (comme dans l'hypothèse précédente) — mais la faculté même de répudier purement et simplement l'acceptation du paiement (*recte* de la compensation) .

(1) C'est-à-dire qu'ils ne forment pas des créances ayant une existence indépendante.

(2) Cf. EHRLICHER (*op. cit.*, p. 45).

Ce droit de rejet (*Ablehnungsrecht*) — en matière de compensation — a suscité bien des controverses dans la Doctrine et il paraît incontestable qu'il représente une atteinte autrement grave à l'esprit de la compensation unilatérale — comme on va le voir un peu plus bas.

Pour l'instant remarquons que la loi ne paraît pas avoir soumis l'exercice de ce droit de rejet à aucune limite de temps et à aucun délai préfixé, puisque l'alinéa qui en parle ne prescrit plus (comme on le faisait pour l'opposition) l'obligation pour la partie adverse de l'exercer « *sans retard* ». Et alors on n'a pas manqué de se demander s'il s'agit ici d'un oubli volontaire du législateur ou d'une simple inadvertance législative susceptible d'être corrigée par voie d'analogie. Partant du point de vue que l'indication d'un mode d'imputation s'écartant de celui prescrit par la loi ne serait en réalité qu'une offre de contrat, qui pour devenir efficace aurait encore besoin du consentement de la partie adverse, on a voulu quelquefois appliquer ici les principes dominant les conventions et déclarer que le rejet devrait — lui aussi — être exercé sans retard ⁽¹⁾ (c'est-à-dire dans un délai qui ne laisse pas conclure à une acceptation tacite). Mais cette solution est écartée par tous ceux qui s'en tiennent aux textes clairs des articles 367 et 396 alinéa 2 — dispositions qui n'imposent au créancier aucune limitation de temps ⁽²⁾.

Quoi qu'il en soit, plus intéressant paraît de savoir quelle est la véritable portée de ce droit de rejet et ce en quoi il diffère — par conséquent — du droit d'opposition déjà examiné.

Pour cela, on n'a qu'à se référer à nouveau aux derniers mots de l'article 367, qui semblent extrêmement clairs à ce propos. En effet, ils déclarent que « *si le débiteur indique un autre mode d'imputation, le créancier peut rejeter toute l'acceptation de la prestation* », ce qui veut dire sans doute que le paiement tout entier (*recte* toute la compensation et non seulement l'imputation comme dans l'hypothèse précédente) devra être considéré comme nul et non avvenu. Le

(1) V. p. ex. : SCHOLLMAYER (*op. cit.*, § 396).

(2) V. p. ex. : NOLTE (*op. cit.*, p. 93), DERNBURG (*Bürgerliches Recht*, II, § 129), LIPPMANN (*op. cit.*, Bd. 43, p. 449), etc.

législateur paraît ainsi avoir voulu faire une gradation entre le droit d'opposition accordé par le premier alinéa de l'article 396 et le droit de rejet prescrit par le second alinéa de la même disposition : dans cette dernière hypothèse, il a voulu donner au créancier une arme ou une possibilité de sanction plus forte que ne l'était celle dont celui-ci jouissait dans la première. Cette gradation s'inspire de l'idée que — tandis que dans le premier cas, le législateur laissait en principe à la partie qui compense la possibilité de décider n'importe quel mode d'imputation sous la seule réserve de l'opposition que possédait l'autre partie — dans le second cas (celui où il s'agit d'une créance complexe), la loi décide elle-même la seule imputation possible, ce qui explique pourquoi la décision du débiteur qui y contreviendrait, sera à considérer comme nulle et non avenue. Sans doute, rien n'empêcherait le créancier de se déclarer d'accord avec le mode d'imputation décidé par le débiteur, bien que ce mode contredise celui prescrit par la disposition légale respective, car cette disposition ne possède sûrement pas force impérative, puisqu'elle n'a en vue que la défense des intérêts du créancier : celui-ci doit donc avoir la latitude d'y renoncer. Et c'est pourquoi en exerçant le droit de rejet le créancier fait justement connaître qu'il ne renonce pas à la protection légale et qu'il entend par contre se prévaloir de la sanction que la loi lui a accordée en vue de cette situation. L'exercice de ce refus aura donc la signification d'un rejet de l'offre proposée quant à l'imputation par le compensant, offre qui — faute du consentement de l'adversaire — tomberait en entraînant avec elle, l'acte de compensation tout entier : ce qui signifie qu'il n'y aura plus aucune extinction — ni de la créance de l'adversaire, ni même de celle dont le compensant est le titulaire. Et c'est ici que se place le reproche justifié qu'on est en droit de faire au législateur allemand : dans un chapitre où l'on ne parle que de la compensation unilatérale — dont le principe essentiel réside dans l'idée, que la volonté de la partie qui compense doit suffire à elle seule à provoquer l'extinction immédiate et totale aussi bien de sa propre créance que de celle de l'autre partie — on a fait insérer une disposition concernant le contrat de compensation et qui constitue par

rapport au dit principe une incontestable inconséquence. La déclaration de compensation mise en échec par la volonté de la partie adverse, dont le concours devient de ce fait indispensable à la provocation de l'effet extinctif : nous sommes loin de l'esprit de la compensation unilatérale, et ceci ne paraît pas faire de doute. D'autant plus qu'aucune interprétation du genre de celle dont nous avons précédemment parlé, ne paraît plus possible ici, où il s'agit d'un effet radical (la déclaration de compensation est devenue en entier inopérante ⁽¹⁾).

131. Il est vrai — qu'en dépit du texte clair de la loi — on a prétendu que l'exercice du droit de rejet — dont il est question — ne saurait avoir cet effet radical, puisqu'il ne s'élèverait — tout comme l'opposition de l'alinéa précédent — que contre l'imputation décidée contrairement à la loi — ce qui devrait avoir pour conséquence tout simplement, qu'après l'exercice du dit rejet, on doit considérer la compensation comme accomplie selon l'imputation légale (frais, intérêts, prestation principale) ⁽²⁾. Mais cette interprétation paraît absolument inacceptable, puisqu'elle va à l'encontre de la lettre et de l'esprit de la loi.

Cependant, *Sontag* pense — lui aussi — pouvoir éviter l'effet radical du rejet dont il s'agit, en proposant une autre solution, qu'il construit en s'appuyant sur les derniers mots de l'alinéa 2, article 396 (« ...il y a lieu de faire application correspondante (*entsprechende Anwendung*) des dispositions de l'article 367 »). « Tout dépend donc — estime l'auteur cité — de l'interprétation correspondante et convenable qu'on doit donner au mot rejeter (*ablehnen*) contenu dans l'article 367. La prestation principale, les intérêts et les frais représentent un poste ⁽³⁾ ; la déclaration unilatérale de compensation dirigée contre ce poste signifie qu'on doit imputer la contre-créance insuffisante du compensant sur ce poste. Si le débiteur ne décide rien à ce pro-

(1) Cf. PLANCK (*op. cit.*, § 396), STAUDINGER (*op. cit.*, § 396), SCHLICHING (*op. cit.*, p. 50).

(2) Ainsi p. ex. REHBEIN (cité par NOLTE, *op. cit.*, p. 93).

(3) L'auteur pense à l'hypothèse — à laquelle paraît d'ailleurs avoir pensé la loi elle-même — où les frais et les intérêts n'ont pas une existence indépendante (*selbständige Forderungen*).

pos — dans sa déclaration de compensation — l'imputation s'accomplit dans l'ordre prescrit par l'article 367 alinéa 1^{er} ; si le débiteur indique un mode d'imputation différent (par exemple d'abord sur la prestation principale), le créancier n'est pas tenu de le tolérer, puisqu'il peut l'écarter tout simplement. Ce rejet aura pour conséquence que l'imputation n'a pas lieu sur la prestation principale. La contre-créeance de celui qui compense sera plutôt imputée — si elle suffit — sur les intérêts et sur les frais. Si elle ne suffit pas à les éteindre tous, l'imputation s'accomplit comme suit ». Et l'auteur estime que ce sera alors de nouveau au compensant à déterminer ce qu'on doit éteindre par sa contre-créeance. S'il choisit cette fois-ci les intérêts, le créancier possédera une fois encore le droit de rejet, dont l'exercice aura finalement pour conséquence de considérer que ce sont les frais qui sont éteints.

L'auteur paraît ainsi penser que la déclaration de compensation — en elle-même — resterait toujours valable, malgré le rejet répété du créancier ; il ajoute d'ailleurs textuellement : « La déclaration de compensation du débiteur reste efficace, mais elle est privée simplement du « *modus* » ⁽¹⁾. Et le débiteur pourra maintenant émettre une seconde décision d'imputation (*Anrechnungsbestimmung*) après la première » ⁽²⁾.

Que faut-il penser au juste de l'interprétation proposée par Sontag ? Le moins qu'on en puisse dire, c'est qu'elle ne saurait trouver aucun appui légal. L'auteur lui-même ne se le dissimule pas d'ailleurs, puisqu'il prend soin d'ajouter : « Nous ne pensons pas que cette solution ait été envisagée par le législateur — mais comme, d'autre part, il semble difficile à admettre qu'il ait voulu créer une anomalie, on devrait plutôt choisir cette interprétation, qui — sans forcer le texte de la loi — est conforme à son but et évite l'atteinte au principe de l'unilatéralité » ⁽³⁾.

Nous ne pensons pas cependant, que cette solution soit acceptable, car — quoiqu'on dise — elle force le texte de la loi, non seulement parce que celle-ci « ne l'a pas envisagée »,

(1) C'est-à-dire de l'imputation.

(2) SONTAG (*Archiv f. b. Recht*, Bd, 21, p. 10).

(3) SONTAG (*op. cit.*, p. 11),

mais aussi parce que *Sontag* semble voir dans le droit de rejet un simple droit d'opposition. Or, identifier les effets de ces deux facultés, comme veut le faire cet auteur, paraît extrêmement douteux.

Dire que l'effet du rejet sera que les créances continueront à s'éliminer en sens inverse, jusqu'à ce que — après décision d'imputation et refus répétés — on ait finalement abouti à faire porter l'imputation sur les frais, c'est oublier, avant tout, que la compensation a pour but la simplification des rapports juridiques existant entre les parties, et non point leur complication.

Evidemment l'idée de *Sontag*, à savoir : celle de trouver une interprétation correspondante et convenable au mot « *rejeter* », n'a rien de contestable, puisque c'est la loi elle-même qui le recommande : seulement ceci n'autorise pas à penser que « *rejeter* » signifierait ici, tout simplement, « *rejeter le mode d'imputation* » ⁽¹⁾ (comme pour l'opposition) et il faut plutôt convenir que « *opposition* » et « *rejet* » sont — dans la pensée de la loi — deux notions différentes quant à leur nature et quant à leurs effets.

132. II° Pour avoir une vue d'ensemble sur la réglementation de la compensation, en cas de pluralité de créances, il nous reste encore une hypothèse à examiner : celle où la pluralité des créances se trouverait du côté de la partie qui déclare la compensation, et non plus du côté adverse, comme on l'a supposé jusqu'ici.

Nous avons déjà dit en passant, qu'en ce qui concerne les créances dont le compensant est le titulaire, c'est lui seul qui aura à décider — et même de façon définitive — sur l'imputation à opérer parmi elles. L'autre partie n'y pourra donc faire d'opposition, puisqu'on a vu que ce droit n'appartient qu'au créancier plural, ce qui n'est pas son cas, par hypothèse.

Pourtant on a soutenu le contraire, en s'appuyant sur le texte trop général, ou même équivoque, de l'article 396 (« *Si l'une ou l'autre des deux parties a plusieurs créan-*

(1) Car la loi dit qu'on peut « *rejeter l'acceptation de la prestation* » — elle ne dit pas « *qu'on pourrait rejeter seulement le mode d'imputation* » (V. PATOW, *op. cit.*, p. 87).

ces... » ou « Si la compensation est déclarée, sans que cette dérogation ait été faite, ou que *l'autre partie* y fasse opposition sans retard... »), d'où il résulterait, pense-t-on, que la faculté de faire opposition appartiendrait toujours à la partie adverse à la compensation (*Aufrechnungsgegner*), sans distinction si cette partie est titulaire d'une ou de plusieurs créances, puisque, même dans ce dernier cas, elle pourrait avoir quelquefois intérêt à faire éteindre par compensation, au moyen de son unique créance, une dette autre que celle désignée primitivement par le compensant.

Mais, accepter cette interprétation de la disposition de l'article 396, ce serait vouloir s'appuyer aveuglément sur son texte et ne tenir aucunement compte de son esprit. Car on connaît les précédents de l'expression « *l'une ou l'autre partie* » ; on sait qu'elle n'est qu'une conséquence de la conception de compensation unilatérale, qui accorde le droit de déclarer la compensation à chacune des deux parties en cause. Mais, il résulte de l'ensemble des textes examinés jusqu'ici, que, dans la réglementation de la compensation, en cas de pluralité de créances, la loi s'est placée uniquement du point de vue du compensant, et que, donc, dans l'article 396, elle n'a pensé qu'au cas où c'est le compensant qui posséderait une seule créance et qui serait tenu, en revanche, par plusieurs dettes ⁽¹⁾. L'exactitude de cette affirmation est suffisamment prouvée, d'abord par le renvoi (prescrit par l'alinéa I, art. 396) à la disposition de l'article 366, sur l'imputation des paiements (disposition qui se rapporte justement à l'hypothèse où le débiteur est tenu par plusieurs dettes, que son unique prestation ne suffit pas à éteindre (couvrir) toutes, intégralement) ⁽²⁾ ; ensuite par l'alinéa 2, article 396 qu'on connaît déjà et qui déclare que « Si la partie qui compense *doit* à l'autre... » d'où il résulte clairement qu'on s'est placé du point de vue du compensant débiteur, tenu par une pluralité de dettes.

Or, le compensant dont il s'agit dans cette seconde hypothèse n'est pas tenu par une pluralité de dettes, puisque c'est

(1) Cf. DEICHMANN (*op. cit.*, p. 585).

(2) Cf. SCHOLLMAYER (*op. cit.*, § 396), PLANCK (*op. cit.*, § 396), WEIGELIN (*op. cit.*, p. 148), REICHEL (*Iherings I*, Bd. 60, p. 38), OERTMANN (*op. cit.*, § 296), NOLTE (*op. cit.*, p. 94), etc.

lui qui est titulaire — et non plus la partie adverse, comme dans l'hypothèse précédente — de plusieurs créances sujettes à compensation. La réglementation donnée par la loi, dans son article 396 ne vise donc pas cette situation, et alors comment permettre encore à la partie adverse de pouvoir faire opposition, entraînant ainsi « *in compensatione* » certaines des créances du compensant, que celui-ci ne voulait peut-être pas éteindre par compensation. Le droit d'opposition apparaîtrait ici comme une faculté de disposer des droits d'autrui : or ceci est sans doute inacceptable, puisque ce serait un véritable cas de « *compensatio compensationis* ». Il serait injuste d'attribuer au législateur de 1900, l'intention d'avoir voulu porter si loin la contradiction dont il a fait pourtant preuve en cette matière. Car, s'il est vrai que le droit d'opposition en lui-même n'est pas pleinement compatible avec l'esprit de la compensation unilatérale, du moins ce droit n'a été accordé à la partie adverse à la compensation que si celle-ci est titulaire d'une pluralité de créances, et seulement quant à ses propres créances. Dire que cette partie aura le droit d'opposition, même si elle ne possède qu'une seule créance — et lui permettre ainsi d'empiéter sur celles de la partie qui compense — c'est sûrement vouloir dépasser les intentions de la loi.

En réalité, ceux qui partagent l'interprétation combattue ici, la rattachent à une autre idée qui leur est particulièrement chère : la signification importante qu'on attache à la simple coexistence de deux créances en état d'être mutuellement compensées (*Vinkulation*). Ainsi, par exemple, Kolher ⁽¹⁾, qui est le principal représentant de cette théorie, estime que, si deux créances coexistent en état d'être compensées, elles seraient liées ensemble par un rapport de « *Vinkulation* », de sorte qu'ultérieurement, ni l'une ni l'autre des deux parties en cause ne saurait — par imputation arbitraire — léser cet ancien rapport. C'est pourquoi Kohler accorde la faculté d'opposition, même à la partie adverse à la compensation, qui ne posséderait qu'une seule créance, puisqu'il attache justement à cette opposition la vertu d'avoir prise, même sur les créances de la partie

(1) *Lehrbuch*, II, p. 211 ; *ZZPr.* Bd. 24, p. 45.

compensante, si celle-ci ne tenait pas compte, ou si elle lésait le rapport de « *Vinkulation* ». L'opposition corrigera ainsi l'imputation d'une partie ou de l'autre, si cette imputation s'écartait des indications fournies par le rapport dont il est question et qu'on estime la base même de la compensation.

« S'il y a une pluralité de créances d'un côté ou de l'autre — déclare en effet Kohler — l'imputation ne doit pas être en contradiction avec le rapport de *Vinkulation* qui existait déjà au moment où la possibilité de compensation (*Aufrechnungssituation*) était née pour la seconde créance ».

Mais cette affirmation est sujette à caution, car la conclusion qui devrait en découler nécessairement, serait que l'imputation devrait strictement suivre l'ancienneté des dettes : or, on sait que l'article 366, qui prescrit le mode d'imputation légale, ne donne pas la priorité à la dette la plus ancienne, puisqu'il ne la mentionne qu'en quatrième lieu.

Aussi, devons-nous conclure, que le droit de faire opposition n'appartiendra qu'à la partie adverse à la compensation, qui est créancier plural — et seulement quant à ses propres créances : la partie qui compense décidera seule, et de façon définitive l'imputation à opérer parmi les siennes ⁽¹⁾ ⁽²⁾.

133. — Aspect du problème en droit français. — La compensation, en cas de pluralité de créances, est réglementée, en droit français, par l'article 1297 du Code civil : « *Lorsqu'il y a plusieurs dettes compensables, dûes par la même personne, on suit pour la compensation, les règles établies pour l'imputation par l'article 1256* ».

On voit que la loi renvoie uniquement à l'article 1256 et, de ce fait, on a tiré quelquefois la conclusion qu'elle n'a

(1) Car compenser une créance, c'est une manière de l'invoquer et décider sur ceci doit être la chose du compensant » (OERTMANN, *op. cit.*, § 396).

(2) Le code fédéral suisse des obligations ne possède pas de disposition analogue à celle de l'art. 396 BGB. Mais on admet généralement que celui qui déclare le premier la compensation aura le droit de choisir l'imputation qui lui convient sans être limité par l'âge des créances. Il n'y a aucun droit d'opposition pour l'autre partie ou quelque chose de semblable. Seule la « *replica compensationis factae* » joue un rôle analogue à celui mentionné par les Rot, (II, p. 110).

pas voulu admettre, en matière de compensation, le droit de décision du débiteur — ou, en cas de silence de celui-ci, le droit de décision du créancier — tels qu'ils sont réglementés par les articles 1253 et 1257 Code civil ⁽¹⁾. Mais cette interprétation semble erronée, car l'article 1256 suppose, de par sa situation et contenu, tout ce qu'avaient dit les trois dispositions qui le précèdent. Aussi, faut-il plutôt penser que la loi a voulu accorder à la partie qui compense, un droit de décider l'imputation qui lui convient et que, si elle n'exerce pas ce droit, il passera à la partie adverse : ce n'est que si la quittance ne porte aucune imputation, qu'on devra recourir finalement à l'imputation légale prescrite par l'article 1256. On voit donc que le législateur français a adopté, sur ce point, une attitude qui n'est peut-être pas celle indiquée par le principe de la compensation automatique, qui devrait supprimer plutôt tout droit de libre choix de l'imputation. Quoi qu'il en soit — pour mettre d'accord les articles 1253-1256 avec le principe de la compensation légale — certains auteurs estiment que ces articles ne joueront que parmi les créances qui coexistent au même moment, et que donc, si une créance est devenue sujette à être compensée à peine après la coexistence des deux autres créances réciproques, elles restera en dehors de l'application de l'article 1297 ⁽²⁾.

Pour ce qui est de la compensation en cas de créance consistant en capital, frais et intérêts, la question est réglée par l'article 1254, dans un sens analogue à celui prescrit par le BGB. Mais on estime généralement que la disposition de cet article 1254, n'est applicable que si le capital, les intérêts et les frais forment une créance unitaire.

(1) Ainsi : LAROMBIÈRE, *op. cit.*, t. 3, p. 713 ; LAURENT, *op. cit.*, t. 18, p. 408.

(2) POTHIER, *op. cit.*, t. 2, p. 113 ; LAURENT, *op. cit.*, p. 408 ; DEMOMBE, t. 28, p. 451.

CHAPITRE III

DISCUSSION

DE QUELQUES AUTRES DISPOSITIONS DU BGB EN RAPPORT AVEC LA COMPENSATION

134. On a vu que dans la conception de compensation unilatérale, où l'effet extinctif n'est produit que par la déclaration des parties, la simple réciprocité de fait des créances ne peut exercer, à elle seule, aucune influence sur l'existence et sur le contenu des créances en cause. Cette réciprocité ne fait naître, en réalité, qu'un seul effet : c'est la faculté dont chacune des deux parties dispose pour déclarer à tout instant la compensation à l'autre.

Telle est l'interprétation exacte du système pur de compensation unilatérale, et nous avons précédemment vu que cette interprétation reste la seule valable, même pour la compensation du BGB, bien que celle-ci se soit, tant soit peu, écartée, sur certains points particuliers, de la conception logique et rigoureuse du dit système.

Ces points particuliers sont représentés, en dehors de ceux examinés jusqu'ici, par un certain nombre de textes en rapport avec la compensation, mais qui ne semblent pourtant pas en accord avec l'interprétation qu'on vient d'indiquer. C'est d'ailleurs sur ces textes que s'appuie l'opinion, qui veut faire, même aujourd'hui, à la simple coexistence des créances réciproques et sujettes à compensation (*Aufrechnungslage*) un part plus ou moins large dans la production de l'effet extinctif. Mais nous allons voir, par la suite, que ces dispositions — qu'on se plaît à invoquer à l'appui de l'idée mentionnée — constituent plutôt des dis-

positions exceptionnelles, acceptées pour des raisons d'ordre pratique, malgré leur caractère d'inconséquence par rapport à l'idée de compensation unilatérale, idée que le BGB avait primitivement adoptée, mais qu'il a crû bon de ne pas suivre dans ses conséquences trop rigoureuses.

Parmi ces textes légaux, auxquels on fait souvent allusion, nous en choisissons trois, comme les plus représentatifs : les deux premiers seront brièvement traités, et nous ne nous arrêterons plus longtemps qu'au troisième, qui se prête à de plus larges développements, et qui formera d'ailleurs l'objet principal du présent chapitre.

135. — Compensation avec des créances prescrites. — Commençons donc nos développements par l'étude de l'article 390 BGB, dont on a déjà parlé ⁽¹⁾ et dont le texte déclare que : « *Une créance à l'encontre de laquelle existe une exception ne peut être compensée. La prescription n'exclut pas la compensation lorsque la créance, actuellement prescrite, ne l'était pas encore au moment où elle aurait pu être compensée contre l'autre créance* ».

Cette disposition contient — comme on le voit — un principe et une dérogation que la loi apporte immédiatement à ce principe, en faveur de l'exception tirée de la prescription : pour cette dernière exception, on considère l'état des dettes au moment de leur réciprocité, et non pas à celui de la déclaration de compensation, comme le demanderait pourtant la conception de compensation unilatérale. Car, quelle aurait dû être, en effet, la solution dictée par cette conception sur le point qui nous intéresse ? « D'une part la prescription étant supposée, par hypothèse, n'être pas acquise au jour de la réciprocité des dettes, comme il n'y a pas de compensation légale, la prescription eût continuée à courir : elle aurait pu s'achever ainsi, avant que la compensation fût déclarée. Au jour de cette déclaration, la dette se trouvait encore subsister, car la prescription n'opère pas de plein droit. Seulement, cette dette étant soumise à une exception, l'art. 390 aurait dû s'appliquer, et la compensation eût été devenue, de ce fait, impossible. Sans doute, on aurait pu objecter le principe de rétroactivité,

(1) V. *supra*, p. 201.

mais avant de faire agir la rétroactivité, il faut que la compensation puisse se réaliser » ⁽¹⁾.

Que ce raisonnement, sans doute rigoureux, est cependant exact, et en accord avec la conception de compensation unilatérale est justement prouvé le fait qu'il était déjà admis par le premier projet (dont on connaît la fidélité à la dite conception) et qui — au principe que les créances à l'encontre desquelles existe une exception ne peuvent être compensées — *n'apportait aucune dérogation en faveur de la prescription*. Et les Motifs expliquaient cette attitude, en disant que ce n'est pas trop demander à un homme d'affaires, veillant à ses intérêts, que de mettre à sa charge l'émission à temps d'une déclaration unilatérale et même la poursuite judiciaire, s'il veut préserver sa prétention de la prescription. Cependant, ce fût encore la seconde commission qui fit preuve de moins de logique et donc de rigidité dans ses raisonnements : le problème de la prescription fût de nouveau examiné devant elle — au point de vue pratique surtout — et son examen donna lieu à des débats serrés. En effet, la minorité voulait s'en tenir à la solution adoptée sur ce point par le premier projet, car — pensait-on — une dérogation en faveur de la prescription porterait atteinte au but même de cette institution. Pareille dérogation ne serait admissible — ajoutait-on — qu'à l'égard des créances soumises à de courts termes de prescription ; car, vu que, dans la pratique, on ne déclare pas la compensation dès qu'on a acquis une créance contre l'autre partie, mais plutôt au moment seulement où celle-ci fera valoir la sienne — l'interdiction de se servir d'une créance prescrite, pour l'opposer en compensation, pourrait avoir, en pareils cas, des conséquences iniques.

Pourtant, la majorité — exagérant d'une part l'importance de la considération que l'on vient de mentionner — tenant compte, d'autre part, des solutions adoptées à ce sujet par les autres codifications de l'époque ⁽²⁾ — décida de généraliser la dérogation acceptée par la minorité, et

(1) Code civil allemand (annoté par MM. BUFFNOIR, HAMEL, LÉVY-ULLMANN, etc.), art. 390.

(2) II, p. 108.

(3) P. ex. ALR, I, 16, art. 301, etc.

sans distinguer si les créances en causes sont soumises, à la longue ou à une courte prescription ⁽¹⁾. Ce faisant, on pensait évidemment éviter les déclarations de compensation précipitées, par crainte de prescription, et laisser ces déclarations au gré des parties. La décision de la seconde commission passa sans changement dans le texte définitif du BGB, où elle devint l'article 390, dont on connaît la rédaction. Mais que faut-il penser, au juste de cette disposition ? On n'a pas manqué de la critiquer, pour la raison (que n'ignorait pas d'ailleurs la minorité de la seconde commission) qu'elle porterait atteinte au but même de la prescription, dont elle supprimerait tous les avantages, surtout quant aux courtes prescriptions, dont la durée serait ainsi indéfiniment suspendue ⁽²⁾.

A ceci, on a répondu que la solution légale ne nuirait pas à la sécurité juridique et qu'elle serait même équitable, puisque « sans elle, le créancier pourrait retarder par esprit de chicane la poursuite de sa créance, jusqu'à ce que la contre-créance de son débiteur se trouve éteinte par prescription » ⁽³⁾.

Enfin, pour certaines théories sur l'accomplissement de la compensation — et ceci nous intéresse plus particulièrement ici — l'appréciation de la disposition finale de l'article 390 ne se pose même pas, puisqu'elle représenterait — pour ces conceptions — une conséquence nécessaire et même une preuve à l'appui de l'idée qu'elles enseignent, à savoir que la coexistence des créances réciproques aurait même aujourd'hui, une importante signification juridique. Témoin serait justement la prescription, pour laquelle c'est le moment de la réciprocité de fait des créances qui est déterminant, et non pas celui de la déclaration de compensation. Mais si nous avons donné tous ces détails sur l'origine et les considérations qui ont présidé à la naissance de la disposition de l'article 390, c'est précisément pour montrer que cette disposition n'a été adoptée uniquement,

(1) V. Prot. I, p. 361, 364.

(2) V. LEONHARD (« Aufrechnung », p. 207).

(3) NOLTE (*op. cit.*, p. 9). Parfois on est allé si loin dans l'approbation de la disposition de l'art. 390 BGB, qu'on a demandé son élargissement jusqu'à permettre d'opposer en compensation des créances prescrites sans aucune espèce de limitation (V. GIERKE, *Gegenentwurf eines BGB*, p. 175).

que pour des raisons d'ordre pratique et historique, et qu'on n'a pas été sans ignorer ce qu'elle représentait d'incompatible avec la conception de compensation unilatérale. Il paraît donc vain et inexact, de chercher à interpréter le système de compensation du BGB, à l'aide d'une disposition que son origine et les raisons qui sont à sa base lui confèrent indiscutablement un caractère exceptionnel.

136. — Compensation en cas de cession de créances.

— Le jugement, que nous venons de formuler au sujet de l'article 390 BGB, pourrait être adopté également à l'égard d'une autre disposition, celle de l'article 406 BGB, qui se trouve dans une situation analogue.

Pour mieux comprendre la signification de ce dernier article, il faut se rappeler que la compensation, de par sa notion même, suppose certaines conditions indispensables à son accomplissement, dont celle de la réciprocité des créances. Or, deux créances sont réciproques, quand le créancier de l'une, c'est le débiteur de l'autre. Sans doute — en vertu de l'idée que ces conditions indispensables doivent être réunies et appréciées au moment de la déclaration de compensation — il n'est pas nécessaire que les créances réciproques aient toujours coexisté entre les mêmes personnes, mais il suffit que ces personnes en soient devenues les titulaires au plus tard au moment de la compensation.

Le principe de la réciprocité est, en général, observé avec rigueur par le BGB : c'est en vertu de ce principe qu'on ne peut éteindre, par compensation, que sa propre dette, et non pas celle d'un tiers ⁽¹⁾, ou qu'un débiteur solidaire ne peut pas compenser sa dette au moyen de la créance d'un codébiteur solidaire ⁽²⁾, etc...

Pourtant une dérogation importante est faite à ce principe, en matière de cession, puisque l'article 406 déclare que : « *Le débiteur peut compenser également, vis-à-vis du nouveau créancier, une créance lui appartenant contre le créancier précédent, à moins que, lors de l'acquisition de cette créance, il n'ait eu connaissance de la cession, ou que*

(1) Sauf certains cas exceptionnels (les soi-disant « Ablösungsfälle »), V. *supra*, p. 85.

(2) Art. 422 BGB.

la créance ne soit devenue exigible qu'après cette connaissance acquise et à condition, dans ce dernier cas, qu'elle ne le soit devenue que postérieurement à l'exigibilité de la créance cédée » (1).

Comme on le voit, cette faculté de compensation du débiteur « cessus » n'est pas illimitée et c'est, en principe, le moment où le débiteur acquiert connaissance de la cession, qui déterminera pratiquement son étendue. Cependant, on est en général d'accord que, seule une connaissance réelle effective (*wirkliche Kenntnis*) (2) de la cession (et sans prendre en considération, d'ailleurs, par quels moyens cette connaissance a été acquise) limiterait et excluerait la faculté de compensation du débiteur « cessus ». Il ne suffit donc pas que celui-ci ait dû connaître la cession, car *on n'assimile pas au fait de savoir, le fait qu'on aurait dû savoir* (3) : jusqu'à l'acquisition d'une connaissance certaine, le « cessus » pourra déclarer la compensation, sans être obligé de recueillir des renseignements pour sauvegarder les intérêts du nouveau créancier, ou même de consigner la somme (4).

Quant à la seconde limitation contenue dans l'article 406 (« à moins... que la créance ne soit devenue exigible qu'après cette connaissance acquise et à condition, dans ce dernier cas, qu'elle ne le soit devenue que postérieurement à l'exigibilité de la créance cédée ») elle n'a été introduite que par la seconde commission, pour parer à un inconvénient autrement inévitable. Car, si cette limitation n'existait pas, le débiteur pourrait retarder le paiement de la créance cédée, jusqu'à ce que sa contre-crédence soit devenue entre-temps exigible, pour qu'il puisse l'opposer en compensation. Or, admettre pareille manœuvre serait,

(1) Cette solution, qui permet au « debitor cessus » d'opposer en compensation au concessionnaire non seulement une créance qu'il aurait contre lui — mais encore une créance qu'il a contre le cédant — n'était d'ailleurs pas ignorée par le droit commun allemand (V. p. ex. EISELE, *op. cit.*, p. 305).

(2) Cf. KOHLER (ZZPr. Bd. 24, p. 14), NOLTE (*op. cit.*, p. 25), etc. Et la Jurisprudence : RGZ, Bd. 74, p. 117 ; Bd. 85, p. 363 ; Bd. 88, p. 6 ; Bd. 91, p. 278, etc.

(3) Ce que WEIGEL (*Diss.*, p. 1) exprime très bien, en disant que « Das Kennen-müssen der Kenntnis nicht gleich ist ».

(4) V. RG. 19 sept. 1905 (in JW. 1905, p. 461) ; NOLTE (*op. cit.*, p. 37).

selon l'expression de *Dernburg* « récompenser la rupture du contrat » (*den Vertragsbruch belohnen*) ⁽¹⁾, car on ne saurait tolérer que le débiteur se crée lui-même une possibilité de compensation, en retardant l'exécution qui lui incombe jusqu'à l'échéance de sa propre créance.

La disposition de l'article 406, dont on vient d'essayer de délimiter la portée, a été utilisée, elle aussi, par certains auteurs, qui voudraient y voir justement une autre preuve que le système de compensation du BGB, a incliné vers la conception qui fait à la coexistence des créances réciproques, une large part dans la production de l'effet extinctif ⁽²⁾. *Kohler* surtout estime que bien-fondé de sa « *Vinkulierungstheorie* » ressortirait pleinement de l'article 406 BGB : « La réalité de cette *Vinkulierung* — déclare-t-il en effet — s'avère dans la cession de créance. La théorie qui rejetterait la *Vinkulation* ne saurait expliquer pourquoi la compensation peut être opposée par le « cessus » au cédant ou au cessionnaire ». Et il ajoute plus loin : « La compensation opposée au cessionnaire, au moyen de la dette du cédant ne peut être expliquée que si l'on attribue une signification à la *Vinkulation* en elle-même, à savoir : la signification qu'elle accorde un désintéressement, conditionné sans doute par une déclaration unilatérale de compensation. Si l'on accepte cette conception, la *Vinkulation* opère sur la créance une sorte d'affaiblissement (« *Schwächung* ») : la créance est donc affaiblie et elle ne peut être cédée qu'avec cet affaiblissement. D'ici la disposition légale qu'une créance cédée reste grevée de sa contre-crédence déjà « *vinkuliert* » au moment de la cession » ⁽³⁾.

Pareillement, *Weigelin* ne voit dans l'article 406 aucune disposition exceptionnelle, puisque d'après la construction de compensation, proposée par cet auteur, la simple coexistence de deux créances réciproques aurait la vertu de les grever (« *belasten* ») d'une sorte de « *Pfandrecht* » (droit de gage) avec lequel, par conséquent, ces créances devraient passer — en cas de cession — au nouveau créancier ⁽⁴⁾.

(1) *DERNBURG* (*Pandectes*, II, p. 63).

(2) V. p. ex. : *ENDEMANN* (*op. cit.*, § 144).

(3) *KOHLER* (*op. cit.*, p. 39).

(4) *WEIGELIN* (*op. cit.*, p. 10 et suiv.).

Pourtant, aucune de ces opinions ne saurait être retenue, non seulement comme théorie générale de compensation, mais encore comme moyen d'éclairer la « ratio » de la disposition de l'article 406. Car, pour ce qui est de la théorie de Kohler, elle ne peut expliquer pourquoi la faculté de compensation du débiteur « cessus » devait être limitée par le moment de l'exigibilité de sa créance : car si une « *Vinkulation* » existe, alors elle doit exister, même sans tenir compte de l'exigibilité des créances en cause.

Et si — comme le prétend *Weigelin* — l'article 406 est une disposition qui allait de soi, vu la nature de la compensation, on ne voit pas pourquoi le BGB aurait pris encore le soin de l'édicter de façon expresse.

136 bis. En réalité, l'article dont il est question, représente une disposition exceptionnelle (au même titre que celle de l'article 390) et une dérogation au principe de la réciprocité. Cette dérogation n'a d'ailleurs été consentie que pour des raisons d'ordre pratique, dont il convenait de tenir compte en matière de cession de créances. Ces raisons doivent être cherchées dans les considérations suivantes : dans le BGB, la cession est parfaite « *erga omnes* » et produit tous ses effets par le seul fait du contrat, sans aucun système légal de publicité à l'égard du débiteur cédé. (Art. 398 : « *Par la conclusion du contrat de cession, le nouveau créancier entre au lieu et place du précédent créancier* »).

Donc, aucune notification (*denunciatio*) n'en doit être donnée, par le cédant ou le cessionnaire, au débiteur « cessus » ⁽¹⁾ : *l'acte de cession s'accomplit régulièrement sans la participation ou la connaissance de celui-ci*. Si une signification de la cession au débiteur « cessus » avait été nécessaire, celui-ci aurait pu, à tout instant, déclarer la compensation pour empêcher la cession. Mais, puisqu'il n'en est pas ainsi, on comprend sans peine que la situation du débiteur aurait pu être gravement dépréciée (quant à la compensation) par une simple cession, car une possibilité de compensation, sur laquelle il comptait, eût disparu ⁽²⁾ au

(1) Comme p. ex. en droit français (art. 1689 et 1690 Code civ.).

(2) Or, on pourrait lui interdire d'en acquérir une nouvelle — mais non d'utiliser celle déjà acquise au moment de la cession.

moment où sa dette changeait de créancier. Or, il est de principe que la situation du débiteur ne doit pas être préjudiciée ou aggravée par la cession ⁽¹⁾ : le Code prussien avait une disposition expresse en ce sens ⁽²⁾ et c'est de la même idée que s'inspire l'article 404 BGB ⁽³⁾, qui permet au débiteur « cessus » d'« opposer au cessionnaire tous les moyens de défense qui, à l'encontre du précédent créancier, se trouvaient fondés sur une cause déjà existante à l'époque de la cession de créance ».

Telle est donc la « ratio legis » de la faculté, que l'article 406 BGB accorde au débiteur « cessus » : c'est en somme une disposition qui a uniquement pour but de concilier d'une manière équitable les intérêts contraires du cessionnaire et du cédé, de protéger surtout la situation du débiteur « cessus » de bonne foi ⁽⁴⁾, qui eût été lésé par un observation trop rigoureuse du principe de réciprocité et du système de compensation unilatérale. M. Saleilles dit très bien que les rédacteurs du BGB « ont senti qu'au-dessus de la logique, c'est l'équité et que cette dernière ne pouvait admettre que la cession faite à l'insu du débiteur pût lui nuire » ⁽⁵⁾.

Mais, s'il en est ainsi, le caractère exceptionnel de l'article 406 paraît prouvé, ainsi que le manque de fondement des opinions qui voudraient l'utiliser contre l'interprétation exacte du système de compensation du BGB — interprétation qui résulte pourtant des textes fondamentaux de la matière ⁽⁶⁾.

(1) On sait que déjà le droit romain interdisait la « cessio ad potentiorum » (l. 2. C. ne liceat potent. 2, 13).

(2) ALR, I, 11, 408.

(3) Cf. SIMONSON (*Gruchots B*, Bd. 50, p. 248), qui déclare : « La disposition de base, c'est l'art. 404 : l'art. 406 n'est qu'une disposition spéciale pour le cas de compensation. »

(4) « Keine Verschlechterung der Verteidigungslage » dit HECK (*op. cit.*, p. 187). V. aussi RGZ, Bd. 73, p. 140 et Bd. 84, p. 12.

(5) SALEILLES (*Etude sur le premier projet de code civil pour l'Empire allemand*).

(6) *En droit français*, le problème discuté plus haut se pose différemment : on sait que la cession n'est parfaite qu'après l'accomplissement des formalités indiquées par l'art. 1690 C. civ. et que jusqu'à ce moment-là, la compensation légale peut s'accomplir à l'insu des parties. Donc, au moment où la cession lui est notifiée, le débiteur pourra opposer la compensation à laquelle il avait droit antérieurement à la cession, c'est-à-dire

137. — Situation de la caution par rapport à la possibilité de compensation du débiteur principal. — Passons maintenant à l'examen de l'article 770, alinéa 2 BGB, relatif aux rapports existant entre la compensation et le cautionnement — et auquel nous nous arrêterons un peu plus longuement. Mais, puisque cet article consacre des solutions qui se séparent de celles qu'édicteait — sur le même point — le droit antérieur, il convient tout d'abord de connaître la situation juridique que réservait, à la caution, le droit commun allemand.

Celui-ci — en accord avec les sources romaines ⁽¹⁾ — permettait à la caution de se réclamer de la compensation et d'opposer donc, en compensation, au créancier poursuivant, les créances du débiteur principal ⁽²⁾. C'était sans doute une dérogation au principe de la réciprocité et de la personnalité des créances, mais dérogation qu'on estimait somme toute équitable et conforme à la nature subsidiaire (accessoire) de l'obligation de cautionnement. La solution était d'ailleurs en accord avec la conception dominante du droit commun, en matière de compensation, qui considérerait celle-ci comme une exception (*Einrede*), qu'on devait opposer, en justice, à la poursuite entamée relativement à l'une des deux dettes réciproques (*compensation judiciaire*) : car, la compensation étant une exception, elle appartient de plein droit à la caution, puisque celle-ci peut opposer toutes les « *exceptiones rei coherentes* » du débiteur principal (par opposition à celles « *personnae coherentes* » dont elle ne dispose pas). Il résultait de tout ceci, pour le cautionnement, une situation indubitablement meilleure que celle qui lui est réservée dans le BGB.

au seul cas où sa créance était compensable avant la notification. — Si le débiteur n'invoque pas la compensation au moment de la notification ou s'il accepte la cession sans réserves, l'art. 1295 y voit un renoncement tacite à la compensation. Remarquons toutefois que ceci paraît en désaccord avec le principe de la compensation légale, car on comprend mal la possibilité de renoncer à une compensation qui s'est opérée automatiquement.

(1) P. ex. L. 4 et 5 Dig. 16, 2 ; Fr. 4 D. de compens. Paulus libro 3 ad Sabinum.

(2) Le code prussien était dans le même sens (ALR, I, 16, art. 328).

137 bis. Sans doute, dans le nouveau code, les données du problème sont essentiellement différentes de celles qui jouaient en droit commun. En effet, la compensation s'effectuant par déclaration unilatérale et extra-judiciaire, il paraissait indispensable que cette déclaration de volonté émanât du débiteur principal lui-même (c'est-à-dire de celui qui est personnellement créancier de celui à qui il déclare la compensation), et non pas d'une tierce personne à sa place.

C'est pourquoi les rédacteurs de 1900 ont été amenés à observer le principe de réciprocité, plus rigoureusement qu'avant : la preuve en est, que le premier projet oubliait presque intégralement de mentionner la caution, à propos de la possibilité de compensation du débiteur principal. En effet, il n'y avait — à ce propos — dans le premier projet, que l'article 671 ⁽¹⁾, qui permettait à la caution — comme le faisait déjà le droit commun — d'opposer les exceptions appartenant au débiteur principal. Or, dans la conception nouvelle de compensation, celle-ci ne constitue indiscutablement, plus aucune exception ⁽²⁾ : donc l'article 671 ne la visait pas, si bien que l'on était bien obligé d'admettre, que la caution ne pouvait opposer au créancier poursuivant, que le moyen tiré d'une compensation déjà déclarée par le débiteur principal ⁽³⁾.

Ce n'est qu'à la seconde lecture qu'on est revenu — bien qu'incomplètement — à la solution du droit antérieur, en accordant à la caution (même solidaire), sinon un véritable droit de compensation avec les créances du débiteur principal, comme avant, du moins une exception dilatoire, qui lui permettra de se refuser à satisfaire le créancier « *tant que celui-ci peut se satisfaire par la compensation de sa créance avec une autre créance échue, appartenant au débiteur principal* » ⁽⁴⁾.

On a justifié la nécessité de cette nouvelle disposition,

(1) Qui correspond à l'art. 768 BGB.

(2) V. *supra*, p. 30.

(3) V. Mot. II, p. 109.

(4) Ainsi décidait l'art. 710, al. 2, second projet — disposition qui passa sans changement dans l'art. 770, al. 2 BGB.

en disant que l'article 281 du premier projet ⁽¹⁾ ne contenait qu'une construction théorique de la compensation, qui ne devait pas conduire à la modification du droit matériel de cautionnement ⁽²⁾. Autrement dit, une disposition sur la compensation en cette matière, doit tenir compte aussi bien, et à la fois, des principes qui dominent la compensation que de ceux qui régissent le cautionnement : ce qui paraît sans doute exact.

138. Quel est maintenant la véritable portée de l'article 770, alinéa 2 BGB ? Il est d'abord certain — et la disposition mentionnée ne change rien à cela — que dans le BGB, la caution ne peut plus invoquer la compensation au lieu et place du débiteur principal ⁽³⁾, car nul ne peut disposer du droit d'autrui ⁽⁴⁾. En revanche, la caution possède aujourd'hui l'exception dilatoire, que nous venons d'indiquer, mais dont le sens est extrêmement controversé, bien que le texte légal qui s'y rapporte paraisse suffisamment clair : il fait en effet dépendre l'exception de la caution de la possibilité du créancier poursuivant de se désintéresser par la compensation de sa créance avec une autre créance échue du débiteur principal.

Il paraît donc que cette exception ne doit pas jouer, ou qu'elle doit disparaître, au cas où, seul, le débiteur principal disposerait du droit à la compensation ⁽⁵⁾, ou si le créancier perdait ce droit après l'avoir eu, indifféremment du fait si, oui ou non, le débiteur le conservait encore. Cependant, parfois — et bien que cette interprétation soit la seule rigoureusement conforme au texte de la loi — on n'a pas cru devoir l'admettre ou on ne l'admet que partiellement.

En effet, certains auteurs accordent à la caution l'excep-

(1) Art. 387 actuel.

(2) V. Prot. II, pp. 417, 469.

(3) V. RGZ, Bd. 59, p. 207.

(4) Et c'est en vertu du même principe que le débiteur principal ne saurait — lui non plus — invoquer la compensation du chef de la caution.

(5) Pour la raison p. ex. que la créance — dont il est titulaire — serait l'une de celles prévues par les art. 393, 394, 395 BGB, qui décident que la compensation pourrait être opérée du chef du créancier des créances en cause, mais non du chef de leur débiteur.

tion dont il s'agit même dans le cas où le droit à la compensation appartiendrait unilatéralement au débiteur principal ⁽¹⁾ — et *Weissmann* est à peu près le seul auteur, qui ait rendu exclusivement dépendante l'exception de la caution du droit à la compensation du débiteur principal ⁽²⁾. Cette dernière opinion veut s'appuyer sur l'idée, que la caution ne saurait se prévaloir que d'un rapport que le débiteur principal pourrait invoquer lui-même.

Sans discuter la base logique ou doctrinale de ces opinions, disons tout simplement qu'elles ont contre elles le texte suffisamment précis de l'article 770, al. 2 — qui ne veut laisser jouer l'exception de la caution que dans les cas où le créancier possède le droit de compensation ⁽³⁾ — et *sans prendre aucunement en considération la situation du débiteur principal*.

Il est vrai que les adversaires ont objecté, que — si cela était bien l'interprétation exacte de la volonté du législateur — on ne voit pas pourquoi l'article 770 al. 2 demanderait encore l'exigibilité de la créance du débiteur principal («... tant que le créancier peut se satisfaire par la compensation de sa créance avec une autre créance échue appartenant au débiteur principal »).

Mais à cela cependant, la réponse ne semble pas difficile à donner, car si la loi réclame — pour ce cas de compensation — l'exigibilité de la créance passive (alors que d'habitude elles n'en demande que celle de la créance active ⁽⁵⁾) — ceci s'explique par la considération, que — dans cette hypothèse spéciale — le créancier n'agit pas

(1) V. p. ex. *DERNBURG* (*Bürgerliches Recht*, II, p. 400), *LIPPMANN* (*op. cit.*, Bd. 43, p. 556), *CROME* (*System*, II, p. 879), *TRUTTMANN* (*Diss.*, p. 25), etc.

(2) *WEISSMANN* (*op. cit.*, p. 41).

(3) Cf. l'opinion dominante en Doctrine (*STAUDINGER*, *op. cit.*, § 770 ; *PLANCK*, *op. cit.*, § 770 ; *COSACK* (*Lehrbuch*, p. 470), *SIBER* (*op. cit.*, p. 130), *ENNEGERUS* (*op. cit.*, p. 239), *ECK* (*Vorträge*, p. 365), *MENSCH* (*Diss.*, p. 13), *FRIEDENSBURG* (*Diss.*, p. 8), *MANTEY* (*GruchotsB.*, Bd. 50, p. 545), etc. — et en Jurisprudence (RGZ, Bd. 137, p. 35).

(4) *KIPP* (*op. cit.*, p. 477). V. aussi *SCHULZE* (*Gruchots B.*, Bd. 50, p. 270).

(5) Cette conclusion résulte de l'art. 387 BGB. On sait que le système français exige par contre l'exigibilité des deux créances qui viennent en compensation.

librement, mais sous une pression ⁽¹⁾. Soyons plus clairs : puisqu'en principe (en vertu de la règle qu'on vient d'énoncer), le titulaire de la créance échue peut la compenser même contre une dette non échue — alors, si l'article 770 n'avait pas demandé l'exigibilité de la créance du débiteur principal, la caution eût pu renvoyer le créancier poursuivant, même si la créance de l'autre partie n'eût été devenue échue que dans un certain temps, plus ou moins long ; car, même en cette hypothèse, le créancier possède dès maintenant le droit de déclarer la compensation. Or, la possibilité de compenser sa créance contre une autre créance qui ne sera échue que dans un certain nombre d'années, ne saurait être considérée comme une possibilité de désintéressement, comme le déclare le texte de l'article 770 al. 2. Telle est donc la raison de l'exigibilité dont parle cette disposition et il semble inexact de s'appuyer sur cette condition pour donner à l'article 770 al. 2 une interprétation qui n'est sûrement pas celle voulue par la loi.

139. Demandons nous maintenant quel est le fondement juridique de l'exception dont jouit la caution dans les hypothèses examinées. On a vu que cette faculté de refus que lui accorde l'article 770 al. 2, n'est que la survivance de la possibilité qu'avait la caution en droit commun, d'exercer le droit de compensation du débiteur principal. On a vu également, que cette dernière solution n'était elle-même qu'une conséquence de l'idée que la compensation constitue une exception et que les exceptions du débiteur principal appartiennent en principe à la caution (« *exceptiones rei competunt fide-jussori* »). Donc, puisque la situation de la caution était bâtie sur celle du débiteur principal, de sorte que l'obligation de cautionnement ne fût pas plus onéreuse que l'obligation principale garantie — on peut dire que la solution qu'admettait sur ce point le droit antérieur était pleinement conforme au principe de la nature subsidiaire de l'obligation de cautionnement.

(1) Cette pression vient justement de la part de la caution qui refuse l'exécution — car en droit allemand (comme en droit français d'ailleurs) le créancier peut poursuivre directement la caution à l'échéance de la dette principale.

Aujourd'hui, on ne saurait plus en dire autant ⁽¹⁾ car — on l'a vu — la loi fait dépendre, par contre, la situation de la caution de celle du créancier.

Sans doute — et nous l'avons déjà dit — il faut reconnaître que la solution de notre problème, dans le système de compensation unilatérale, était plus difficile à trouver qu'elle ne l'était avant, dans le système de compensation judiciaire du droit antérieur — ou même dans celui de compensation légale. En effet, même dans ce dernier système (où l'extinction des créances réciproques s'opère *ipso-jure*, sitôt qu'elles coexistent) la solution paraît simple, puisque la caution est libérée elle-aussi *ipso-jure* par l'extinction de la dette principale (« *extincto debiti principali* »).

Rien de tout cela dans le système de compensation adopté par le BGB : l'effet extinctif automatique est écarté, la coexistence des créances réciproques ne fait plus naître aucune exception, au sens technique du mot : donc plus d'« *affaiblissement* » (Schwächung) de l'obligation principale, dont la caution devrait et pourrait profiter. Car, elle ne saurait se prévaloir d'une simple faculté subjective du débiteur principal, alors que l'existence objective de la dette garantie reste sans changement. En effet, la nature accessoire du cautionnement peut exiger seulement que la caution bénéficiât des moyens de défense basés sur l'existence objective de l'obligation principale.

C'est pour ces considérations que le premier projet ne mentionnait pas la caution à propos de la possibilité de compensation du débiteur principal et que les critiques furent nombreuses à la seconde commission ⁽²⁾, quand on décida d'adopter sur ce point la disposition, qui est à l'origine de l'article 770 al. 2 actuel. Cette disposition fût adoptée, sans doute, dans le désir — que les rédacteurs du BGB ont toujours manifesté — de ne pas trop s'écarter des solutions antérieures et de faire œuvre de transition. C'est pour cela qu'on jugea nécessaire de ne pas observer trop scrupuleusement les conséquences qui auraient dû

(1) Contre : LIPPMANN (*op. cit.*, Bd. 32, p. 226).

(2) V. Prot., II, p. 471,

découler en cette matière de la conception de compensation unilatérale et de la condition de réciprocité, condition exigée particulièrement par cette conception, plus peut-être que par aucune autre.

L'article 770 al. 2 apparaît donc comme une tentative de compromis entre l'idée de compensation unilatérale et celle de la subsidiarité de l'obligation de cautionnement : il ne satisfait entièrement ni l'une ni l'autre, mais il représente une disposition exceptionnelle, destinée à trouver un juste milieu entre les deux ⁽¹⁾.

C'est pour cette considération — et pour en venir à ce que nous avons dit au début de ce chapitre — qu'on ne saurait accepter l'utilisation de l'article 770 par les théories, qui y veulent voir une preuve en faveur de l'idée, que la coexistence des créances réciproques posséderait même dans le BGB une importante signification juridique (pour la raison que cette coexistence fait apparaître — à elle seule — une exception au profit de la caution).

Le caractère exceptionnel au profit de l'article dont il est question rend cette opinion inacceptable, car il n'est pas possible de juger la nature juridique d'une institution à la lumière d'une disposition, dont la position de compromis ne fait pas de doute.

140. Domaine d'application de l'article 770, al. 2 BGB. — Arrêtons nous maintenant à quelques difficultés que soulève l'application de l'article 770 al. 2. Il est bien évident que le législateur n'a pu penser à toutes les hypothèses qui pourraient pratiquement se poser en ce domaine, de sorte que leur solution devra être trouvée à l'aide du seul texte, dont nous avons voulu éclairer le sens et la portée dans les pages précédentes.

On y a vu que — selon l'interprétation exacte de la volonté de la loi — l'exception dilatoire de la caution s'appuie uniquement sur le droit de compensation du créancier, existant tant que ce droit existe et disparaissant avec lui.

(1) Cf. MANTEY (*op. cit.*, p. 545) qui déclare que l'art. 770, al. 2, représente « une disposition singulière » et un droit précaire.

Donc, si par exemple le créancier est empêché, de par la qualité de sa créance ⁽¹⁾, de déclarer la compensation de sorte que cette faculté n'appartienne qu'à la partie adverse (en espèce, au débiteur principal) — la caution n'aura pas l'exception dilatoire ⁽²⁾. La situation du débiteur principal est sans importance à ce sujet : le fait qu'il n'a pas ou plus droit à la compensation n'enlèverait pas à la caution son moyen de défense.

141. Ces considérations de principe nettement posées, la solution de quelques hypothèses particulières ne sera pas difficile à trouver. *Quid*, par exemple, si le débiteur principal a cédé sa créance à un tiers ? Sans doute, en pareil cas, notre débiteur perdra son droit de compensation puisqu'il n'est plus le titulaire de la créance cédée : mais, devra-t-il en être de même de l'exception dilatoire de la caution ?

Certainement non ⁽³⁾, car — malgré la cession — le créancier (dont la situation seule nous intéresse) peut encore compenser sa créance contre celle acquise par le cessionnaire ⁽⁴⁾.

On a enseigné cependant la solution contraire, en disant que la loi parle de compensation avec une créance échue appartenant au débiteur principal et sans mentionner le cessionnaire ⁽⁵⁾. Ce qui peut être littéralement exact, sans être toutefois probant, car ce qui importe plutôt — dans notre hypothèse — c'est l'identité de la créance et non pas celle de son titulaire ⁽⁶⁾.

On a prétendu également que la « *ratio legis* » de l'article 770 alinéa 2 n'existerait plus en cas de cession, puisqu'ici la compensation ne représenterait plus objectivement un mode de désintéressement très simple et commode, vu

(1) V. p. ex. les art. 393, 394, 395 BGB.

(2) La jurisprudence est en ce sens : v. RGZ, Bd. 137, p. 35 (arrêt du 16 juin 1932).

(3) Déjà en droit commun, on admettait qu'une fois née, l'exception de compensation ne pouvait plus être enlevée à la caution par un acte quelconque du débiteur principal (V. VANGEROW, *Pandectes*, p. 139, cité par FRIEDENSBURG, *Diss.*, p. 10).

(4) Art. 406 BGB (V. *supra*, p. 224).

(5) V. WEISSMANN (*op. cit.*, p. 41) ; KIPP (*op. cit.*, p. 470). etc.

(6) V. FRIEDENSBURG (*op. cit.*, p. 17).

qu'on compense vis-à-vis d'un tiers (*le cessionnaire*), qui — à son tour — pourrait avoir quelquefois une action en recours contre son cédant (*le débiteur principal*). A quoi, on joute, que si l'on peut saisir (par compensation) un tiers (*le cessionnaire*), pour lequel la dette principale, originaire, ne représente en réalité qu'une « res inter alios », un « rapport étranger » (« *fremdes Verhältnis* ») — pourquoi ne pas pouvoir saisir plutôt la caution (ou du moins avoir le choix entre ces deux personnes, car toutes les deux sont « *in pari causa* ») ? (1)

On oublie cependant que, si l'on acceptait cette solution, à savoir la perte de l'exception dilatoire en cas de cession, ce serait livrer la caution à la merci du débiteur principal, qui pourrait la dépouiller du bénéfice de son moyen de défense par une simple cession de créance : il y aurait donc danger de collusion entre le débiteur et le créancier au préjudice de la caution. En outre, la solution préconisée aurait pour conséquence de faire augmenter la valeur d'une créance par cession, ce qui paraît également inacceptable (2).

142. *Quid*, si les deux parties titulaires des créances réciproques (*le créancier et le débiteur principal*) ont renoncé par contrat à leur faculté de compensation (*pactum de non compensando*) ? Devra-t-elle, l'exception de la caution, être par là même supprimée ?

Ici, il convient de faire une distinction :

a) Si le pacte de renoncement a été conclu avant le contrat de cautionnement, la caution — qui s'est engagée en connaissance de cause — n'aura évidemment plus le bénéfice de l'exception dilatoire (3) ;

b) Mais si la conclusion de ce pacte est postérieure à celui de cautionnement, celui-ci n'en subira aucune modification, car l'obligation de la caution ne saurait être étendue par un acte postérieur à son engagement (art. 767 BGB (4)).

(1) V. SCHULZ (*op. cit.*, p. 272).

(2) V. LEONHARD (*op. cit.*, p. 166).

(3) Cf. aux art. 765 et 767 BGB.

(4) SCHULZ (*op. cit.*, p. 273) estime par contre que la caution deviendrait ici libre.

On a prétendu toutefois — mais à tort — que le « *pactum de non compensando* » devrait toujours faire disparaître l'exception de la caution (sans distinguer si l'engagement de celle-ci (Bürgschaftsübernahme) est antérieur ou postérieur au dit renoncement), car, dans l'exclusion conventionnelle de la compensation, il n'y aurait jamais une extension de l'obligation principale ⁽¹⁾. En effet — ajoutet-on — la simple faculté de compensation du créancier ou du débiteur principal ne modifie pas l'existence des créances en cause, comme cette existence n'est d'ailleurs modifiée par le simple droit de paiement : donc le renoncement à une pareille faculté ne peut avoir aucune signification pour l'étendue objective de l'obligance principale.

On peut reconnaître qu'il est exact que la simple faculté de compensation des parties — tant qu'elle n'est pas exercée — ne modifie pas l'existence des créances réciproques. Mais il est exact aussi que les exceptions — elles non plus — *tant qu'elles ne sont pas opposées* — n'affectent pas l'existence, en elle-même, de la créance à laquelle elles s'opposent : on devrait donc leur étendre la conclusion qu'on préconise pour la faculté de compensation. Or, ceci serait manifestement contraire à la volonté de la loi, qui ne veut pas qu'on puisse priver par renoncement, la caution d'une exception (Einrede) sur laquelle elle pouvait compter (art. 768 BGB).

143. Supposons maintenant que le créancier dont il est question — ait — en dehors de la créance garantie — une autre créance contre le débiteur principal et que celui-ci, n'ait en revanche qu'une seule créance contre son créancier. Supposons également que le débiteur principal déclare vouloir compenser son unique créance contre sa *dette non-garantie*, laissant ainsi de côté celle qui est garantie par la caution. Agissant de la sorte, le débiteur principal pourrait espérer faire perdre, à la caution, le bénéfice de son exception dilatoire — et, effectivement, cette solution est quelquefois préconisée, car — dit-on — le créancier n'aurait plus, dans un cas pareil, aucune possibilité de

(1) MANTEY (*op. cit.*, p. 500).

désintéressement par voie de compensation pour la créance garantie, comme le veut l'article 770 alinéa 2 ⁽¹⁾.

Cependant, il paraît inique de livrer la caution au bon plaisir du débiteur principal, car si l'exception dilatoire est sans doute un droit précaire, ce droit ne dépend pas pourtant de la situation de ce débiteur : ce n'est donc pas lui qui devrait logiquement pouvoir en provoquer la disparition. C'est pour cette raison qu'on doit plutôt décider que la caution conservera — dans l'hypothèse envisagée — son moyen de défense, puisque l'acte du débiteur principal est vraisemblablement accompli dans l'intention de nuire ⁽²⁾ (art. 226 BGB).

Pourtant, c'est la solution inverse qui semble s'imposer au cas où c'est le créancier qui compenserait (vis-à-vis du débiteur principal) sa créance non-garantie, laissant ainsi de côté celle garantie par la caution ⁽³⁾ — car il peut avoir de bonnes raisons de préférer éteindre par compensation une créance dont le recouvrement ne lui paraît pas suffisamment sûr.

On a émis cependant des craintes quand à une possibilité de collusion que faciliterait l'article 770 alinéa 2 entre la caution et le débiteur principal, dans les cas où il serait question — comme ici — d'un créancier plural ⁽⁴⁾. Car, celui-ci, repoussé par l'exception de la caution le renvoyant à la compensation, pourrait être devancé même ici par le débiteur principal, qui aurait compensé entre temps son unique créance avec l'une des créances non-garanties de créancier.

Mais ces craintes ne semblent pas fondées, car — dans un cas pareil — le créancier n'aurait qu'à poursuivre à nouveau la caution ⁽⁵⁾, comme il pourrait d'ailleurs le faire également, s'il n'a pas reçu (par la compensation) désinté-

(1) V. ECK (*op. cit.*, I, p. 370), KOHLER (*op. cit.*, p. 13).

(2) Ou, du moins, adopter cette solution quand les circonstances de fait montrent qu'il s'agit bien d'une intention de causer dommage à autrui.

(3) Cf. SIBER (*op. cit.*, p. 130), SCHULZ (*op. cit.*, p. 274).

(4) V. KOHLER (*op. cit.*, p. 15).

(5) Par contre, SCHULZ (*op. cit.*) semble attacher une signification définitive à l'exception de la caution, en la rapprochant du droit de renvoi en matière de consignation (art. 379, al. 1 BGB).

ressement intégral pour la créance garantie. Enfin, pour se mettre à l'abri de toute surprise — le créancier n'aurait qu'à compenser — lui le premier — sa créance non-garantie avec celle du débiteur principal — avant de s'adresser à la caution pour la créance garantie.

144. On a encore imaginé ⁽¹⁾ une autre hypothèse, pour mettre en évidence les résultats inacceptables auxquels conduirait l'article 770 alinéa 2.

Supposons donc que le créancier ait poursuivi la caution et que celle-ci lui ait opposé son exception dilatoire ; supposons également que, pour écarter cet obstacle, le créancier ait éteint immédiatement par paiement effectif — et pendant l'instance même — sa dette envers le débiteur principal, détruisant ainsi par là la possibilité de compensation qu'il avait pour la créance garantie. On a prétendu qu'à ce moment-là l'exception dilatoire de la caution doit tomber ⁽²⁾, résultat qu'on reconnaît inique mais inévitable.

Cependant, on ne voit pas pourquoi ce résultat serait tellement inévitable puisqu'il paraît bien plus évident ⁽³⁾ que le paiement presté par le créancier n'a eu en vue que de nuire à la caution (art. 226). Car, autrement, on ne saurait comprendre pourquoi le créancier donnerait ce qui est sûr (son argent) pour pouvoir invoquer ce qui est en tout cas moins sûr (une créance) ⁽⁴⁾.

D'autre part, le débiteur principal n'aurait — lui non plus — rien à gagner à cette opération, car si ce débiteur reçoit un paiement effectif pour sa créance (qui eût pu être éteinte par compensation) il sera saisi, en revanche, et tout de suite après, par l'action en recours de la caution, sur la tête de laquelle est passée la créance désintéressée du créancier (Art. 774 BGB).

145. — **Droit personnel de compensation de la caution.** — En dehors de l'exception que lui accorde l'arti-

(1) V. KOHLER (*op. cit.*), SIBER (*op. cit.*, p. 139).

(2) V. KOHLER (*op. cit.*), LIPPMANN (*op. cit.*, p. 550). Contre : SCHULZ (*op. cit.*) qui déclare que la caution deviendrait libre en pareille hypothèse.

(3) Du moins jusqu'à la preuve du contraire.

(4) V. aussi FRIEDENSBURG (*op. cit.*, p. 12). Contre : MANTEY (*op. cit.*, p. 549).

cle 770 alinéa 2, la caution possède encore un droit personnel d'éteindre par compensation sa propre dette résultée du rapport de cautionnement — au cas où elle aurait bien entendu une créance personnelle contre le créancier ⁽¹⁾.

Cette faculté de compensation n'est pas prévue par l'article 770 alinéa 2, mais elle découle indubitablement des textes généraux sur la compensation ⁽²⁾, puisque les conditions de réciprocité et de personnalité des créances, exigées par cette institution juridique se trouvent réunies ici.

Il importe de bien remarquer qu'en déclarant la compensation contre le créancier, la caution ne veut pas éteindre en réalité la dette principale (Hauptschuld), mais sa propre dette résultée du rapport de cautionnement (Burgschaftsschuld). Seulement, du fait que par la compensation le créancier est désintéressé pour sa créance, *celle-ci passera en même temps sur la tête de la caution* (art. 774 BGB), empêchant ainsi le créancier d'exiger encore paiement au débiteur principal, car nul ne peut être désintéressé deux fois pour la même créance ⁽³⁾.

146. A propos de ce droit personnel de compensation de la caution, une question intéressante, mais controversée, s'impose. Elle pourrait être formulée de la sorte : la caution a-t-elle le droit de déclarer la compensation au créancier avant que celui-ci ne l'ait poursuivie ? Autrement dit, la caution peut-elle avant toute poursuite, imposer un désintéressement par compensation au créancier et faire ainsi passer sur elle la créance que celui-ci possède contre le débiteur principal ?

On comprend sans peine que la question met en jeu d'importants intérêts pratiques pour les parties en cause — et surtout pour le créancier ; cependant la Jurisprudence l'a résolue, et depuis longtemps, par l'affirmative ⁽⁴⁾. Son principal argument est celui que nous avons déjà indiqué, à savoir que la caution possède le droit dont il est question,

(1) La caution aura même le choix entre ces deux moyens (l'exception dilatoire et le droit de compensation) au cas où le débiteur principal posséderait lui aussi une créance contre son créancier.

(2) Art. 387, 388 BGB.

(3) V. aussi : HAUSLOH (*Diss.*, p. 15).

(4) RGZ, Bd. 53, p. 403 (arrêt du 7 fév. 1903).

pour la raison qu'elle n'éteint pas par là la dette principale, mais la sienne propre ⁽¹⁾ ce à quoi elle est autorisée par les articles 387, 388 BGB) — et que le créancier ne saurait pas s'en plaindre, puisqu'il reçoit plein désintéressement par cette compensation. La Jurisprudence permet à la caution d'opposer la compensation même au syndic (au cas où le créancier aurait fait faillite) et alors même que celui-ci ne l'aurait pas encore poursuivie ⁽²⁾, car l'article 55 KO ne s'y oppose pas.

En Doctrine, l'accord est moins complet sur cette importante question, mais il paraît cependant que l'opinion dominante se range du côté de la Jurisprudence ⁽³⁾. *Sievers*, pourtant, est l'auteur qui s'est élevé avec le plus de force contre cette solution : il conteste à la caution le droit d'imposer désintéressement par voie de compensation au créancier et surtout de le faire avant que celui-ci ne l'ait pas poursuivie ⁽⁴⁾. Car — pense cet auteur — l'article 774 ne peut accorder à la caution aucun droit pareil — et puis il convient aussi de tenir compte de l'idée que le cautionnement doit procurer des avantages et non pas d'inconvénients au créancier ⁽⁵⁾.

En faveur de cette solution négative, on évoque encore un argument, que l'on veut faire découler — par une interprétation appropriée — de certains autres textes légaux. En effet, dit-on, le désintéressement offert au créancier par la compensation déclarée par la caution, est une prestation d'une nature particulière, car il n'éteint pas la créance désintéressée (puisque celle-ci passe sur la tête de la caution, conformément à l'article 774 BGB). Ce désintéressement ne serait en réalité qu'une application de la faculté générale (le soi-disant « *jus offerendi* »), dont on trouve

(1) Ce qui devient très évident quand il s'agit d'une caution qui ne garantit qu'une partie de la dette principale et qui ne pourra donc libérer le débiteur principal par voie de compensation que jusqu'à concurrence du montant du cautionnement.

(2) V. OLG Dresde, du 3 juin 1902 (in « *Recht* », 1903, Nr. 758).

(3) V. STAUDINGER (*op. cit.*, § 770), KIPP (*op. cit.*, p. 456), KOHLER (*op. cit.*, p. 7).

(4) SIEVERS (*GruchotsB*, Bd. 50, p. 250).

(5) SIEVERS estime que le droit de compensation de la caution apparaît inéquitable surtout dans les cas où le débiteur principal ne le possède pas, pour la raison qu'il n'a pas de créance contre son créancier.

des applications dans un certain nombre d'articles du BGB ⁽¹⁾ et qui consiste dans le droit accordé en certains cas et à certains tiers de désintéresser le créancier et de libérer — par cette intervention — le débiteur ⁽²⁾. Or, remarque *Sievers*, dans tous ces cas, la loi répète chaque fois que « le désintéressement peut se produire même par consignation ou par compensation » — paroles qu'on ne retrouve plus dans l'article 774, à propos du désintéressement que pourrait offrir la caution. *Sievers* veut voir ici une indication que la loi n'a pas entendu étendre aux garanties personnelles la faveur accordée aux autres intervenients.

Enfin, on peut appuyer la solution négative dont il est question, même sur une phrase de l'article 774 (« *Le transport de la créance du créancier sur la tête de la caution ne peut être invoqué au préjudice du créancier* »), phrase que l'on interprète dans un sens très général, à savoir que personne (donc, ni la caution, ni le débiteur principal) ne saurait invoquer le fait du transfert, dans la mesure où ce fait pourrait avoir des inconvénients pour le créancier. Mais tous ces arguments — si intéressants et si ingénieux qu'ils soient — sont beaucoup moins forts qu'ils le paraissent au premier abord.

Car il n'y a pas, dans le code, quoi qu'on en dise, de disposition d'où l'on puisse clairement tirer l'interdiction pour la caution d'opposer la compensation au créancier, même avant la poursuite de celui-ci. Et l'article 774 n'a pas une portée aussi large qu'on le prétend : le législateur, en l'édicant, n'a pensé sûrement qu'au cas où le créancier qui poursuit ⁽³⁾ un reste non désintéressé de sa créance, entrerait en concurrence avec la caution où ses ayants-cause ⁽⁴⁾. Cet article ne réfère pas au débiteur principal, qui n'invoque d'ailleurs point le fait du transport

(1) P. ex. les art. 268, 1142, 1222, al. 2, 1229, etc. BGB (les soi-disant « Ablösungsfälle »).

(2) Ces articles apparaissent comme autant d'exceptions au principe d'origine romaine (et passé dans le BGB) qu'on ne peut compenser contre une dette autre que la sienne (l. 18, 1 Dig. de comp. 16, 2).

(3) Contre le débiteur principal, bien entendu.

(4) V. PLANCK (*op. cit.*, § 770).

(qui est pour lui une « *res inter alios acta* »), mais seulement l'extinction de sa dette ⁽¹⁾, pour la raison que le créancier a déjà été désintéressé pour elle.

D'autre part, il paraît douteux d'englober la faculté de désintéressement que possède la caution, dans l'idée générale du « *jus offerendi* », dont on trouve des applications dans plusieurs articles du BGB. Car, dans ces cas-là, le tiers qui possède exceptionnellement le droit d'intervenir et de désintéresser le créancier — même par compensation — n'est tenu par aucune dette personnelle envers celui-ci : il ne fait qu'éteindre par compensation une dette d'autrui ⁽²⁾, comme il aurait pu le faire d'ailleurs par voie de paiement ⁽³⁾. Tandis que dans l'hypothèse envisagée par nous, la caution éteint par compensation une dette personnelle (celle résultant du rapport de cautionnement), dont elle est tenue envers le créancier ⁽⁴⁾.

Enfin, la solution préconisée par *Sievers*, serait-elle bien fondée qu'elle devrait être écartée, à cause des résultats inévitables auxquels elle pourrait conduire en pratique. Car, si l'on accepte l'interprétation large proposée quant au sens de l'article 774 et si l'on conteste d'autre part à la caution son droit personnel de compensation — on arrivera en fait à obliger le débiteur principal de payer deux fois sa dette.

En effet, supposons que le créancier ait poursuivi la caution et que celle-ci ait été obligée de le désintéresser par paiement effectif (puisque, par hypothèse, elle ne peut pas compenser contre lui et qu'elle ne possède pas l'exception dilatoire non plus). Le débiteur principal devra donc rembourser d'abord la caution, sur laquelle est passée la créance désintéressée du créancier — mais sans pouvoir cependant invoquer ce transport dans la mesure où il serait désavantageux pour le créancier ⁽⁵⁾. L'iniquité de cette solution apparaît encore davantage, si l'on songe que notre

(1) V. CONRADES (*GruchotsB.*, Bd. 50, p. 208), LIPPMAHN (*op. cit.*, Bd. 43, p. 550).

(2) Celle du débiteur que l'on veut libérer.

(3) V. art. 267 BGB.

(4) V. aussi NOLTE (*op. cit.*, p. 30).

(5) P. ex. en cas de faillite (V. FRIEDENSBURG, *op. cit.*, p. 23).

débiteur principal n'aura même pas le droit de répéter (de la caution) ce qu'il serait obligé de payer deux fois — puisqu'il n'y a pas d'enrichissement injuste ⁽¹⁾.

Pour toutes ces considérations, il paraît raisonnable d'accorder d'une part, à la caution, les deux moyens de défense que représentent pour elle l'exception dilatoire et le droit personnel de compensation et de n'attacher, d'autre part, à l'article 774 que la portée restreinte à laquelle on a fait allusion plus haut, car elle seule correspond à la pensée du législateur.

147. Malgré les deux moyens de défense dont elle dispose en principe, la caution pourra néanmoins se trouver quelquefois obligée, en fait, de désintéresser par paiement effectif le créancier poursuivant. Ceci arrivera, bien entendu, dans les cas où la caution ne réunirait pas les conditions exigées par l'un ou l'autre des deux moyens mentionnés.

Dans ces cas-là, la caution aura sans doute une action en recours contre le débiteur principal — action qui pourra être fondée soit sur l'article 774, soit sur l'article 670 ⁽²⁾ (*actio mandati contraria*). Et la Jurisprudence ajoute que le débiteur principal ne saurait opposer en compensation à cette prétention ⁽³⁾ : solution logique, car autrement la caution serait réduite à une simple « *condictio indebiti* » contre ce dernier.

148. — **Aspect du problème en droit français.** — Dans le code civil français, l'article 1294 alinéa 1 permet à la caution d'« opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal » ⁽⁴⁾. Et ceci doit concerner non seulement la compensation légale — qui produisant l'extinction automatique des dettes, en éteint aussi par là tous les accessoires — mais aussi la compensation judiciaire ⁽⁵⁾, car les « *exceptiones rei competunt fide-jussori* » ⁽⁶⁾ (art. 2036 alinéa 1 code civil).

(1) Cf. FRIEDENSBURG (*op. cit.*, p. 23).

(2) V. RGZ, Bd. 59, p. 207 (arrêt du 17 oct. 1904).

(3) « RG » même arrêt.

(4) Dans le même sens le code civil japonais du 28 février 1898.

(5) CROME (*Grundlehre des französischen Obligationenrechts*).

(6) Car l'opinion dominante — en droit français — ne voit pas en

Il est évident que la solution française — comme celle d'ailleurs du droit commun allemand — tient compte rigoureusement du caractère subsidiaire de l'obligation de la caution. D'ailleurs cette solution était facilitée par l'effet extinctif automatique de la compensation légale, qui doit pouvoir être invoqué par toutes les personnes intéressées, comme s'il s'agissait d'un paiement.

Par contre, cette solution ne satisfait pas au principe de la réciprocité et de la personnalité des créances, principe indispensable à n'importe quel système de compensation. En effet, l'article 1289 du code civil lui-même déclare que — pour la compensation — il faut que « *deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre* ». Or, la caution ne remplit pas cette condition, puisqu'elle est bien débitrice, mais elle n'est pas créancière ⁽¹⁾ (sauf bien entendu dans les cas où elle posséderait une créance personnelle contre le créancier, mais ceci constitue une autre hypothèse). Pour délimiter la portée de l'article 1294 code civil, on peut se demander si la disposition qu'édicté l'alinéa 1^{er} de cet article vise également le cautionnement solidaire. Et il serait peut-être permis d'en douter, car l'article 2021 du même code enlève à ce genre de cautionnement les avantages des bénéfices de discussion et de division. Or, si l'on pense que la faculté de compensation, accordée par l'article 1294 alinéa I, n'est au fond qu'une conséquence du bénéfice de discussion ⁽²⁾, il paraît que la caution solidaire devrait perdre les deux ⁽³⁾.

Cependant, l'opinion dominante s'est fixée (comme en droit allemand d'ailleurs) en faveur de la thèse contraire : *on assimile sur ce point la situation de la caution solidaire à celle de la caution simple* ⁽⁴⁾.

compensation une de ces exceptions personnelles, dont parle l'art. 1208, al. final (Dans ce sens : AUBRY et RAU, t. IV, p. 41 ; LAURENT, t. 28, p. 300 ; BAUDRY et WAHL, « *Cautionnement* », n° 943. Contre : SÉGUR, thèse, p. 78 ; DEMOLOMBE, « *Contrats* », t. 2, p. 398).

(1) FLANDIN (thèse, p. 150) estime que « l'objection serait fondée si la caution était une débitrice ordinaire : mais elle est une débitrice accessoire ».

(2) Comme le pense p. ex. LAÏR (*op. cit.*, p. 194).

(3) Dans ce sens : LAÏR (*op. cit.*, p. 253), MARCADET (t. IV, n° 840), etc.

(4) Ainsi : LAURENT (t. 28, p. 497), DEMOLOMBE (*op. cit.*, t. 5, p. 557).

On invoque à l'appui de cette opinion des arguments suffisamment forts : d'abord celui que le cautionnement, même solidaire, n'est toujours qu'une obligation accessoire, qui n'a aucune raison d'exister sans une obligation principale ⁽¹⁾. Ensuite, l'idée que l'« *exceptio non est extendenda* » et que donc si l'article 2021 enlève à la caution solidaire les bénéfices de discussion et de division, il ne s'ensuit pas qu'on doive lui enlever aussi celui de l'article 1294 alinéa 1. Enfin, la considération que — pour notre problème — il convient de considérer la caution solidaire dans ses rapports avec le débiteur principal (à l'égard duquel elle reste une caution simple, selon l'article 1216), car les observations faites par le Tribunal à propos de l'article 1294 alinéa 3 prouvent que le législateur a eu surtout en vue le débiteur et non le créancier ⁽²⁾.

149. Passons maintenant au second alinéa de l'article 1294, celui qui déclare que « *le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution* ».

On constate donc qu'après avoir dérogé — dans le premier alinéa du dit article — au principe de la réciprocité, le législateur français y revient brusquement dans le second alinéa de la même disposition. Ce dernier alinéa consacre sans doute une solution presque évidente ⁽³⁾ ; en effet, si l'accessoire ne peut pas exister sans le principal, celui-ci peut, en revanche, parfaitement exister dans le premier et la circonstance que la caution est devenue créancière du créancier — reste — par elle seule — sans influence sur la dette du débiteur principal. Cependant, on a voulu trouver des raisons plus profondes à la défense que la loi fait au débiteur d'invoquer la compensation du chef de la caution. On a expliqué cette disposition en disant que la créance du créancier contre la caution n'est pas exigible,

CAPITANT (*Cours de dr. civil*, t. 2, p. 822), SÉGUR (*op. cit.*, p. 76), FLANDIN (*op. cit.*, p. 165), JOUSSELIN (thèse, p. 109), etc.

(1) SÉGUR (*op. cit.*, p. 165).

(2) V. FLANDIN (*op. cit.*, p. 166).

(3) Le code fédéral suisse des obligations la considère tellement évidente qu'il a écarté une disposition en ce sens que contenait l'ancien code civil.

puisqu'elle ne le devient pas qu'après discussion préalable des biens du débiteur principal ⁽¹⁾.

Plus exacte semble cependant l'opinion qui explique l'alinéa second de l'article 1294 par la considération que la loi a refusé la dite faculté au débiteur principal, pour ne pas priver indirectement la caution du bénéfice de discussion ⁽²⁾. Quoi qu'il en soit, il paraît certain que la défense édictée par ce second alinéa, ne vise que l'hypothèse où le créancier poursuit directement le débiteur. Car, si le créancier a commencé par poursuivre la caution et si celle-ci lui a opposé la compensation, alors le débiteur principal — poursuivi, à son tour — pourra invoquer sans doute l'effet extinctif de la compensation opérée entre la caution et le demandeur — car celui-ci ne saurait être désintéressé deux fois ⁽³⁾. Evidemment, dans un pareil cas, la caution aura une action en recours contre le débiteur principal, conformément aux articles 2028, 2030 code civil.

Remarquons, en terminant, qu'en dehors de la faculté dont la caution dispose selon l'alinéa 1^{er} de l'article 1294, on lui reconnaît, dans la Doctrine, un droit personnel de compensation, à partir du moment où elle se trouverait devenue, à son tour, créancière de son créancier ⁽⁴⁾.

(1) V. BAUDRY-LACANTINERIE (*op. cit.*, t. 2, p. 764).

(2) V. LAURENT (t. 18, p. 438), FLANDIN (*op. cit.*, p. 151), SÉGUR (*op. cit.*, p. 77).

(3) V. SÉGUR (*op. cit.*, p. 77), FLANDIN (*op. cit.*, p. 151), LAURENT (t. 18, p. 438).

(4) V. LAURENT (t. 18, n° 425), AUBRY et RAU (t. IV, n° 326), DEMO-LOMBE (t. 28, n° 551), etc.

CONCLUSION

150. Arrivés au terme de notre étude, jetons un coup d'œil rétrospectif sur tout ce qui a été dit jusqu'ici, afin d'essayer d'en faire dégager une conclusion générale : celle-ci devra envisager un double point de vue, théorique et pratique. Au point de vue pratique — plus précisément, de celui de la simplicité — le système français de compensation légale ⁽¹⁾ nous est apparu indiscutablement comme le plus simple. La réglementation de celui du code civil allemand est sûrement plus complexe — et une foule de questions, que nous avons rencontrées dans la discussion de ce dernier système, ne se posent même pas en droit français, ou trouvent là une solution plus rapide et plus facile. D'autre part, soit faute de texte spécial, soit à cause du lacunisme de ceux existants — il y a certains points dans le système allemand de compensation qui n'ont trouvé leur solution exacte et définitive, semble-t-il, que dans la Jurisprudence toute récente ⁽²⁾, alors qu'ils ne faisaient pas de doute en droit français.

150 bis. La supériorité indéniable que possède — au point de vue pratique — le système de compensation légale, ne subsiste plus au point de vue théorique à cause de l'absence de base juridique. Car on n'ignore pas que ce système repose en réalité sur une interprétation erronée des sources romaines — interprétation qui a prévalu dans la

(1) Qui est d'ailleurs celui de toutes les législations d'inspiration française : p. ex. les c. civ. belge (art. 289), italien (art. 1285), portugais (art. 765), roumain (art. 1144), etc.

(2) Comme p. ex. le problème de la « *conditio indebiti* » (V. *supra*, p. 105).

législation napoléonienne « par le progrès de la Jurisprudence et par application de ce prétendu spiritualisme qui édictait l'article 1138 du code civil et faisait résulter du seul consentement des parties la translation de la propriété » ⁽¹⁾.

Le système de l'extinction automatique conçoit la compensation comme un « double paiement abrégé », accompli de par la loi même, au moment de la suppression des créances — moment qui coïncide dans cette conception avec celui de la réciprocité de fait. Or, puisque, comme on l'a vu — la coexistence n'est pas une cause naturelle d'extinction des obligations, déclarer celles-ci éteintes par le seul fait de leur réciprocité, c'est substituer une fiction légale à la nature des choses ⁽²⁾. D'autre part, déclarer que ce double paiement abrégé aura lieu même à l'insu des parties en cause, c'est faire fi de l'idée que le paiement constitue un acte volontaire, qui ne peut donc logiquement se produire contre la volonté ou à l'insu de celui qui paye.

Sans doute, il existe un intérêt, au point de vue même de la loi, à ce que les rapports d'obligations soient réglés le plus vite possible, dès leur échéance, surtout dans un but d'économie comme d'utilité pratique. Mais ceci ne saurait en aucune manière justifier une extinction de ces rapports, sans aucune intervention ou même contre le gré des parties intéressées. « Car pourquoi la loi aurait-elle la faculté de régler d'autorité la comptabilité des particuliers ? » ⁽³⁾. C'est, sans doute, cette dernière considération qui a fait déclarer la Jurisprudence française que si la compensation légale peut s'opérer même à l'insu des parties, elle ne saurait en revanche se produire contre leur volonté. C'est également la même considération qui a dû décider le législateur français lui-même, à admettre — tacitement, il est vrai — qu'on pourrait renoncer à se prévaloir, en tout ou

(1) LAÏR (*op. cit.*, Introduction, p. xvi).

(2) TREILLARI — à la discussion du code civil au Conseil d'Etat — justifiait cette fiction par une analogie avec la confusion, car — disait-il — « la compensation est fondée sur le principe que la même personne ne peut cumuler les qualités contraires de créancier et de débiteur ».

(3) LAÏR (*op. cit.*, p. 20). Cet auteur ajoute d'ailleurs : « La compensation légale est trop étroite et trop absolue... parce qu'elle agit brutalement et en quelque sorte à l'aveugle ».

en partie d'une compensation opérée ⁽¹⁾, solution qui semble au premier abord logiquement incompatible avec l'idée de l'extinction automatique.

Malgré tous ces tempéraments, le système français — du fait de la suppression « ipso-jure » des créances qu'il prescrit et de la signification de paiement qu'il attache à cette suppression — est susceptible d'une autre critique importante, celle qui vise la condition de la liquidité, que ce système exige pour que les créances puissent être éteintes par compensation. Cette exigence, de la liquidité, bien que d'origine romaine ⁽²⁾, a suscité de nombreuses objections — la plupart du temps fondées — car « du moment que la compensation opère de plein droit, il n'y a pas à tenir compte des contestations des parties ou de leur défaut de connaissance du quantum. Pourvu que les deux dettes aient coexisté, elles doivent s'éteindre au moment même où s'est produite cette coexistence » ⁽³⁾ car une dette n'en existe pas moins pour n'être pas liquide ⁽⁴⁾. Ces objections ont été d'ailleurs prises en considération par la Jurisprudence française, qui a cherché à atténuer sensiblement les rigueurs que la dite condition aurait pu avoir quelquefois. Néanmoins, la liquidité continue à représenter une condition matérielle de la compensation légale, ce qui est contestable, car la compensation va devenir ainsi, et dans une certaine mesure, l'effet du hasard, puisque la liquidité des créances constituera le plus souvent un fait accidentel.

Enfin, alors que jusqu'ici la logique ne paraît pas avoir eu une part trop large dans le système de l'extinction automatique — elle est invoquée pour mettre obstacle à la compensation en cas de faillite. Et il faut reconnaître que du point de vue de l'égalité absolue qui doit régner en principe entre les créanciers, cette solution apparaît rationnelle. On pourrait se demander cependant si elle est aussi tellement pratique : la Jurisprudence semble répondre par la négative, puisqu'elle admet à la règle dont il est ques-

(1) Ce qui semble résulter des art. 1295 et 1299 C. civ.

(2) V. Code, liv. IV, tit. 31, loi 14.

(3) CAPITANT (*Cours de dr. civ. fr.*, t. 2, p. 326).

(4) MEYNIAL (*op. cit.*, p. 94).

tion certaines exceptions, comme par exemple celle qui vise les créances connexes.

151. Si nous passons maintenant au système allemand, il faut convenir qu'il nous est apparu plus raisonné en même temps que plus juridique. En effet, le législateur allemand a voulu que l'effet extinctif devienne l'œuvre des parties en cause ; il a donc mis la compensation — pour ainsi dire — dans la main des parties, car il a compris que dans une matière, comme celle des obligations, où la liberté et le rôle de la volonté des parties jouent partout en premier lieu et de façon déterminante, il paraît raisonnable que ce soit cette même volonté qui joue également dans le domaine de la compensation.

Au-dessus de cette institution juridique trois facteurs pourraient être mis en principe : la loi seule, le juge, la volonté des parties. Tandis que le système français est fondé sur le premier de ces facteurs et que celui du droit commun accordait ses préférences au second — le BGB a choisi le troisième. En effet, le BGB a fait dépendre l'accomplissement de l'effet extinctif de la volonté même unilatérale de l'une des parties en cause et sans que l'autre partie puisse s'y opposer. C'est bien là le caractère spécifique du système allemand et il est suffisamment poussé, car ce système admet non seulement que la volonté d'une seule partie peut réaliser un effet juridique, mais encore qu'elle peut l'imposer à l'autre partie. On a vu que cette conception, qui peut paraître étrange quand on est habitué à celles du droit français, s'explique surtout par le rôle important que la Doctrine — surtout — fait jouer en droit allemand aux déclarations de volonté, même unilatérales. On a vu également que l'idée de pouvoir opérer la compensation de façon unilatérale se justifie par des considérations pratiques valables, comme par exemple celles qui se rapportent à la situation dans laquelle pourrait se trouver un débiteur, désireux de se libérer de sa dette, afin d'en libérer par là même les gages et les cautions qui en sont tenus. On pouvait donc s'attendre à ce que le législateur allemand développât logiquement cette idée et ce système : or, il ne l'a pas fait entièrement. Emu d'une part du carac-

rière trop innovatoire qu'aurait pu avoir son œuvre, sollicité d'autre part — à tort ou à raison — par des considérations utilitaristes — le législateur de 1900, abdiqua petit à petit de sa conception primitive, par crainte de légiférer « *in abstracto* » — crainte qui lui fit admettre — sur certains points des dispositions qui n'échappent pas à toute critique, au point de vue logique et juridique — et sur lesquelles nous avons essayé d'attirer l'attention. *Incidit in Schyllam, quis vult vitare Carybdam.*

151 bis. Parmi ces points critiquables de la compensation du BGB, on sait qu'il faut compter en premier lieu la rétroactivité de l'effet extinctif, qui constitue, une fiction inadmissible dans un système réaliste comme le système allemand. On a voulu justifier cette fiction en faisant appel à l'idée de garantie qui se trouve à la base de la compensation unilatérale. Sans doute, il y a là une idée exacte et qui peut conduire à d'heureuses solutions sur certains points — à condition toutefois de ne pas l'exagérer. Une de ces solutions satisfaisantes peut se rencontrer justement en matière de faillite, où le code allemand a pris le contre-pied de la règle française, puisqu'il admet la compensation pour toutes sortes de dettes (non seulement pour celles connexes), en vertu de l'idée qu'« il est de principe que les créanciers gagistes demeurent étrangers à la faillite » (1). Mais l'idée de garantie ne peut pas suffire — à elle seule — à justifier la rétroactivité de la déclaration de compensation. Cette fiction représente sûrement — ainsi qu'on l'a vu — une inconséquence par rapport à la conception logique de compensation unilatérale, car c'est une contradiction indéniable à déclarer d'une part que la production de l'effet extinctif est laissée à la libre volonté (même unilatérale) des parties — et d'autre part limiter d'avance et de façon objective l'étendue de cet effet. Car, il est évident, qu'à la suite de la dite rétroactivité, ce n'est que le « si » de la compensation qui reste encore au bon plaisir des parties, puisque l'effet extinctif de cette opération est

(1) SALEILLES (*Etudes sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand*).

uniformisé par la détermination une fois pour toutes du moment à partir duquel cet effet opère. C'est bien pour cela que nous avons qualifié le système de compensation du BGB : un compromis entre la compensation légale et la compensation par acte juridique.

Quelles ont été les considérations qui ont poussé le législateur allemand à ce compromis et à l'abdication par là même du point de vue logique et primitif ? Nous avons vu que ces raisons ont été uniquement d'ordre pratique, et en premier lieu l'intérêt qu'il y aurait à faire cesser le cours des intérêts et des autres prestations accessoires à partir de la coexistence des créances réciproques. Nous avons dit à temps ce qu'il convient à penser de ces considérations invoquées à l'appui de la rétroactivité : l'arrêt fatal et inexorable du cours des intérêts dès le moment de réciprocité de fait des créances en cause, nous est apparu comme susceptible de donner lieu pratiquement à des iniquités, voir même à des spéculations auxquelles la loi ne doit pas prêter la main.

152. Cependant il convient à reconnaître que dans tous les systèmes de compensation pratiqués jusqu'en 1900 par les différentes législations et à différentes époques, les intérêts et même les autres prestations accessoires s'arrêtaient toujours dès la réciprocité de fait des créances sujettes à compensation. Sans doute, ce résultat était atteint et obtenu par des raisonnements et des moyens différents. A Rome, par exemple, l'arrêt des intérêts à partir de la coexistence, était prescrit tout simplement par voie de disposition expresse et positive, pour raisons d'équité ⁽¹⁾. Dans le code civil français de 1804, le dit arrêt découlait tacitement de l'article 1290, qui décide que les créances s'éteignent réciproquement, au moment même de leur coexistence. Enfin, dans certaines législations locales allemandes ou de souche allemande, le même résultat était obtenu au moyen de la fiction de la rétroactivité attachée à l'effet extinctif produit par la déclaration de compensation.

Il est certain que ces précédents, connus par le législa-

(1) V. *supra*, p. 178.

teur de 1900, n'ont pas été sans influencer sa décision, au moment où il abordait la réglementation de la compensation — et il est même probable que ce sont ces précédents qui sont à la base de la disposition de l'article 389 BGB.

Cependant cette volonté, qu'on a vu toujours se manifester en vue d'uniformiser les effets de la compensation, ne semble pas à l'abri de toute critique. D'abord, elle enlève beaucoup d'intérêt aux constructions des divers systèmes de compensation, dont la variété n'a plus qu'une importance minime, du moment qu'en pratique ces systèmes doivent conduire à peu près aux mêmes résultats. Ensuite, les considérations utilitaristes que l'on invoque à l'appui de cette uniformisation, sont loin d'être évidentes, puisque nous avons vu qu'il y a des esprits éminents ⁽¹⁾ qui enseignent que « au contraire, il serait pratique de n'attacher aucun effet à la simple réciprocité des créances » et que « seule la déclaration de compensation doit pouvoir faire cesser le cours des intérêts » et des autres prestations accessoires. D'après ces opinions, donc — un système de compensation par voie de simple déclaration unilatérale — déclaration n'ayant la vertu de faire cesser le cours des intérêts qu'à partir du jour où elle a été émise — loin de compromettre les nécessités de la vie pratique, les satisferait encore davantage, alliant ainsi à une construction théoriquement logique et juridique, un meilleur rendement pratique,

Quoi qu'il en soit, et sans prophétiser le système de compensation de l'avenir, on pourrait peut-être reconnaître dès à présent qu'il se rapprochera davantage de la conception du BGB — que de celle du code civil français — bien que les systèmes de ces deux codes reposent en définitive tous les deux sur des fictions.

On ne saurait donc mieux terminer cette étude qu'en répétant ce qu'un auteur avait déjà écrit au siècle dernier et dont les paroles conservent à l'heure actuelle toute leur

(1) V. *supra*, p. 177.

vérité : « On n'a pu parvenir encore a une théorie qui satisfît pleinement à la fois au besoin de l'équité et aux exigences de la logique, et la formule de la compensation est encore à trouver » (1).

Vu : *le Doyen,*

EDGARD ALLIX.

Vu : *le Président,*

JOSEPH HAMEL.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

G. ROUSSY.

(1) P. GIDE (Rapport sur le concours de 1860).

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE	I
INTRODUCTION	9

PREMIÈRE PARTIE

LA COMPENSATION DU CODE CIVIL ALLEMAND

CHAPITRE PREMIER. — Accomplissement de la compensation unilatérale	15
1. Objet du chapitre	15

SECTION PREMIÈRE. — Tradition et précédents du système de compensation du BGB

16

§ 1 ^{er} . — Brèves considérations sur l'idée et sur les divers systèmes de compensation	16
---	----

2-4. Le système de compensation unilatérale semble être le plus récent.

§ 2. — Origines médiate et immédiates du système allemand de compensation unilatérale et extra-judiciaire	21
---	----

5-6. Abandon progressif de la conception de compensation judiciaire par le droit commun allemand. — 7-8. Examen de quelques codifications de l'époque qui montrent la même tendance.

SECTION II. — Le système actuel de compensation	29
§ 1 ^{er} . — Exécution de la compensation unilatérale du BGB	29
9. La compensation actuelle n'est plus une « exception » (Einrede) au sens technique de ce mot. — 10. La compensation actuelle est devenue l'œuvre exclusive de la volonté (même unilatérale) des parties en cause : elle représente un « acte juridique » (Rechtsgeschäft). — 11. Le compensant agit en tant que débiteur. — 12. Le droit de compensation unilatérale représente un « Gestaltungsrecht » ou un « Recht des rechtlichen Könnens ». — 13. Critiques de Lippmann au sujet du caractère d'« acte juridique » de la déclaration de compensation unilatérale.	
§ 2. — La déclaration de compensation unilatérale est un « actus legitimus »	40
14. Cette déclaration n'est pas un acte formaliste.	
15. Examen de la disposition restrictive prescrite par l'article 388 BGB.	
SECTION III. — La compensation éventuelle (Eventualaufrechnung)	44
§ 1 ^{er} . — Position du problème et son importance pratique	44
16. Objet de la section. — 17. Le problème de la compensation éventuelle se lie à la disposition restrictive de l'article 388 BGB. — 18. Aspects de la compensation éventuelle. — 19. Intérêt pratique du problème. — 20. Signification exacte de la déclaration de compensation éventuelle intervenue au cours d'un procès.	

§ 2. — Moyens de valider la compensation
éventuelle 50

21. Examen de l'article 209, 3°, BGB. —
22. Délimitation de la portée de l'article
388 BGB. — 23. Théorie de la « *condicio
juris* ». — 24. Autres moyens proposés pour
valider la déclaration de compensation éven-
tuelle. — 25. Théorie de la « *Zwangslage* »
de Leonhard. — 26. Théorie de Thon au
sujet de la compensation éventuelle. — 27.
Examen de la seconde formule de com-
pensation éventuelle. — 28. Conclusion.

SECTION IV. — Compensation contre une
dette inexistante (*Aufrechnung gegen eine
Nichtschuld*) 63

29. Position du problème. — 30. Attitude du
droit commun allemand. — 31-34. Argu-
ments d'ordre théorique invoqués à l'appui
de l'admissibilité d'une compensation
contre une dette inexistante. Discussion.
— 35-36. Arguments d'ordre pratique
invoqués à l'appui de la même thèse.
Discussion. — 38. Conclusion.

CHAPITRE II. — Nature de la compensation uni-
latérale 75

39. Objet du chapitre.

§ 1. — Position du problème en droit romain et
en droit commun allemand 75

40. Rapprochement que certaines sources
semblent avoir fait entre la « *compensatio* »
et « *solutio* ». Définitions (de la compensa-
tion) imprégnées de la même idée. — 41.
« *Befriedigungstheorie* » et « *Befreiungs-
theorie* ». — 42. Théorie de Brinz au sujet
de la nature juridique de la compensation.

§ 2. — Le problème de la nature de la compensation dans la Doctrine allemande moderne .. 80

43. Aspect actuel du problème. — 44. Compensation et retention. — 45. Compensation et paiement. — 46. Analyse de la nature juridique de la compensation actuelle. — 47. « Leistungstheorie ». — 48-51. « Anweisungstheorie » de Kohler. Discussion. — 52-54. « Eigenbefriedigungstheorie ». Discussion. — 55. « Kombinationstheorie ». — 56. Construction de l'acte de compensation proposée par Leonhard. — 57. Construction du même acte proposée par Weigelin. — 58. Opinion de Götte sur le même point. — 59. Conclusion.

DEUXIÈME PARTIE

**CONSÉQUENCES ET CRITIQUE
DU SYSTÈME DE COMPENSATION
DU CODE CIVIL ALLEMAND**

60. Avant-propos 103

TITRE PREMIER

CONSÉQUENCES DU SYSTÈME ALLEMAND DE COMPENSATION

CHAPITRE PREMIER. — Pas de droit de répétition pour celui qui a payé sa dette dans l'ignorance de sa faculté de compensation 105

61. Position du problème. — 62. Sa solution en droit romain et en droit commun allemand. — 63. Son importance pratique. — 64-65. Examen de l'art. 812 BGB. — 66. Solution proposée par Weigelin. — 67. Examen de l'art. 813 BGB. — 68. Tentative d'utiliser par analogie la disposition de l'art. 813 BGB : théorie de la « facultas alternativa », — 69-70. Examen du pro-

blème, dont il est question, au point de vue de la sécurité juridique. — 71-72. Conclusion. — 73. Aspect du problème en droit français.

CHAPITRE II. — « Compensatio compensationis non datur » 130

74-75. Position du problème. Notion de « compensatio compensationis ». — 76. Notion de « replica compensationis ». — 77. L'adage « compensatio » compensationis non datur » est resté valable dans le droit du BGB. — 78-79. Exceptions apportées à cet adage par la Doctrine du droit commun allemand. — 80-84. « Replik der Aufrechnung ».

TITRE II

CRITIQUE DU SYSTÈME DE COMPENSATION DU BGB

CHAPITRE PREMIER. — La Rétroactivité 145

SECTION I. — Examen de la disposition de l'art. 389 BGB et des précédents doctrinaux auxquels elle se rattache 145

85. Objet du chapitre.

§ 1^{er}. — Exposé de quelques conceptions de compensation enseignées en Droit commun..... 146

86. Avant-propos. — 86 bis. Théories absolues. — 87. Affectionstheorie. Discussion. — 88. Théorie d'Azo. Discussion. — 89. Théories relatives.

§ 2. — Interprétation exacte du système de compensation du BGB. Place exacte de la rétroactivité. Portée de cette fiction 155

90. Position du problème. — 91-92. Solution du problème. — 92 bis. Theorie der

bedingten Tilgung. — 93. Examen de quelques autres constructions analogues. — 94. Vinkulierungstheorie. Discussion. — 95. Conclusion	164
96. Brèves considérations sur les notions de fiction juridique et de rétroactivité. — 97. Sens exact de la disposition de l'article 389 BGB. — 98. Objection qu'on pourrait formuler au sujet de cette disposition. — 99-100. Raisons invoquées à l'appui de la rétroactivité de l'article 389. Discussion. — 101. Cet article est à interpréter restrictivement. — 102. Difficulté pratique soulevée par l'application de la disposition de l'article 389.	
 SECTION II. — Effets de la rétroactivité de l'article 389 BGB.	
§ 1 ^{er} . — Arrêt du cours des intérêts à partir de la réciprocité des dettes	175
103-104. Cet arrêt résulte de la disposition de l'article 389. — 105-106. Inconvénients de l'arrêt uniforme du cours des intérêts.	
§ 2. — Autres conséquences de la disposition de l'article 389 BGB	181
 SECTION III. — La rétroactivité de l'article 389 BGB ne joue pas en principe dans le domaine judiciaire	
109. Cette rétroactivité ne possède qu'une « signification matérielle ». — 110. Examen de la question des frais judiciaires (Gerichtskosten).	184
 SECTION IV. — La nature de la compensation unilatérale et la rétroactivité	
111. Incompatibilité qui existe entre ces deux notions. — 112. Conclusion.	187

SECTION V. — La rétroactivité de l'article 389 BGB et la compensation légale du Code civil français 189

113. Différences qui subsistent entre les deux systèmes.

CHAPITRE II. — Compensation en cas de pluralité de créances (Aufrechnung bei einer Mehrheit von Forderungen) 191

114. Objet du chapitre. — 115. Position du problème en droit commun. — 116. Position du problème en droit prussien. — 117. Conclusion 196

118-119. Le BGB et la compensation en cas de pluralité de créances. — 120-124. Examen de la réglementation légale prescrite pour l'hypothèse où la pluralité de créances existerait du côté de la partie adverse à la compensation (Aufrechnungsgegner). — 125-126. Examen de l'alinéa second de l'article 396 BGB. — 127. La disposition de cet alinéa ne paraît pas en accord avec la conception de compensation unilatérale. — 128. Interprétation proposée par Sontag pour supprimer ce désaccord. Discussion. — 129. Examen de l'hypothèse où la pluralité des créances existerait du côté de la partie qui compense. — 130. Aspect du problème en droit français.

CHAPITRE III. — Discussion de quelques autres dispositions du BGB en rapport avec la compensation 220

131. Objet du chapitre. — 132. Compensation avec des créances prescrites. — 133. Compensation en cas de cession de créances. — 134. Situation de la caution par rapport à la possibilité de compensation du débiteur principal. — 135. Portée de la disposition de l'article 770 alinéa 2, BGB.

— 136. Fondement juridique de l'exception dilatoire accordée à la caution par l'article 770, alinéa 2 BGB. — 137-141. Domaine d'application de l'article 770, alinéa 2, BGB. — 142-144. Droit personnel de compensation de la caution. — 145-146. Aspect du problème en droit français.

CONCLUSION	249
------------------	-----

